

Bogotá D.C., 14 de noviembre de 2017

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre la Fundación Cardiovascular de Colombia, como parte Convocante, en adelante también la Convocante o la Fundación y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom– EICE en Liquidación, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes Par Caprecom Liquidado, cuyo vocero y administrador es Fiduciaria La Previsora S.A., como parte Convocada y demandante en reconvención, en adelante también la Convocada o Caprecom y conjuntamente con la Convocante, en adelante las Partes.

Capítulo Primero: Antecedentes

1 El contrato

Las diferencias sometidas a conocimiento de este Tribunal se derivan del contrato identificado como "CONTRATO NO. 250 DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES CELEBRADO ENTRE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM" Y LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA" de fecha 21 de diciembre de 2006 (en adelante el Contrato), y del "OTROSÍ AL CONTRATO NO. 250 DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES CELEBRADO ENTRE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM" Y LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA" (en adelante el Otrosí). (Folios 3 a 40 del Cuaderno de Pruebas 1).

2 El pacto arbitral

En la cláusula trigésima cuarta del Contrato se encuentra contenida la cláusula compromisoria (folio 30 del Cuaderno de Pruebas 1), que a la letra señala:

"TRIGESIMA CUARTA. SOLUCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: Por la naturaleza del contrato y el acuerdo de las partes, toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, a su terminación, a su liquidación y al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el mismo, será llevado en primera instancia a una Junta paritaria integrada por representantes de CAPRECOM y EL CONTRATISTA, la cual facilitará la solución entre las partes de las controversias a que hubiere lugar. En caso de que cualquier mecanismo directo entre las partes no sea posible, dichas controversias serán resueltas por la Superintendencia Nacional de Salud. En caso de que dicha entidad no tenga facultades para conocer sobre el presente contrato, las controversias a que haya lugar serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento que funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y que se sujetará a lo dispuesto por el decreto 2279 de 1989, decreto 2651 de 1991, ley 377 de 1997, ley 446 de 1998, decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones legales que le sean aplicables, los reglamentos, adicionen o modifiquen y de acuerdo con los siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por un arbitro; b) El Tribunal funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá; y c) El Tribunal decidirá en derecho.

PARÁGRAFO: La Junta de que trata la cláusula anterior será integrada por el número y las personas que decidan las partes una vez legalizado el presente contrato."

3 Trámite del proceso

3.1 La convocatoria del Tribunal Arbitral: El 14 de septiembre de 2015, la Fundación presentó, a través de

451

apoderado judicial, la solicitud de convocatoria de Tribunal Arbitral para resolver las diferencias surgidas con Caprecom con ocasión del Contrato y el Otrosí.

3.2 Designación del Árbitro Único: Fue designado de común acuerdo por las Partes, a través de comunicaciones de Caprecom del 2 de junio de 2016 y de la Fundación del 8 de junio de 2016 (folios 62, 79 y 80 del Cuaderno Principal 1), Emilio José Archila Peñalosa, quien aceptó oportunamente y en legal forma la designación (folios 85 a 87 del Cuaderno Principal 1).

3.3 Instalación y admisión de la demanda: Previas las citaciones correspondientes, el Tribunal Arbitral se instaló el 12 de julio de 2016, en audiencia realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En esta audiencia igualmente se designó como Secretario al doctor Luis Javier Santacruz Chaves, quien aceptó oportuna y en legal forma la designación (folios 134, 135 y 138 bis del Cuaderno Principal 1); se fijó la sede y la secretaría del Tribunal en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; se le reconoció personería a los apoderados judiciales de las Partes; se admitió la demanda y se ordenó notificar el respectivo auto admisorio y correr traslado de la demanda a Caprecom, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Acta 1, folios 128, 129 y 130 del Cuaderno Principal 1).

3.4 Contestación de la demanda y demanda de reconvencción: Notificado en legal forma el auto admisorio de la demanda y corridos los respectivos traslados (folios 140 a 156 del Cuaderno Principal 1), el 28 de septiembre de 2016, dentro del término de traslado, la Convocada contestó la demanda – con formulación de excepciones de mérito -, presentó demanda de reconvencción y solicitó pruebas (folios 157 a 189 del Cuaderno Principal 1).

3.5 Traslado excepciones: El 3 de octubre de 2016, mediante la correspondiente fijación en lista, se surtió el traslado a la Convocante de las excepciones de mérito propuestas, y esta el 10 de octubre de 2016 recorrió el traslado solicitando pruebas adicionales.

3.6 Admisión de la demanda de reconvencción: Mediante Auto 3 se inadmitió pero una vez subsanada oportunamente por la Convocada, fue admitida y se ordenó correr traslado de la misma a través del Auto 4 del 4 de noviembre de 2016 (Acta 3, folios 222 y 223 del Cuaderno Principal 1).

3.7 Contestación de la demanda de reconvencción: El 7 de diciembre de 2016, dentro del término de traslado, la Convocante contestó la demanda de reconvencción – con formulación de excepciones de mérito - y solicitó pruebas (folios 224 a 245 del Cuaderno Principal 1).

3.8 Reforma de la demanda: El 7 de diciembre de 2016 la Convocante reformó la demanda, presentando la reforma integrada con la demanda en un solo escrito (folios 1 a 26 del Cuaderno Principal 2).

3.9 Traslado excepciones: El 14 de diciembre de 2016, mediante la correspondiente fijación en lista, se surtió el traslado a la Convocada de las excepciones de mérito propuestas con la contestación de la demanda de reconvencción, la cual guardó silencio durante el mismo.

3.10 Admisión de la reforma de la demanda: Mediante Auto 5 se inadmitió pero, una vez subsanada oportunamente por la Convocante, fue admitida y se ordenó correr traslado de la misma a través del Auto 6 del 12 de enero de 2017 (Acta 5, folios 30 y 31 del Cuaderno Principal 2).

452

3.11 Contestación de la reforma de la demanda: El 27 de enero de 2017, dentro del término de traslado, la Convocada contestó la reforma de la demanda – con formulación de excepciones de mérito - y solicitó pruebas (folios 32 a 65 del Cuaderno Principal 2).

3.12 Reforma de la demanda de reconvencción: El 27 de enero de 2017 la Convocada reformó la demanda de reconvencción, presentando la reforma integrada con la demanda de reconvencción en un solo escrito (folios 66 a 82 del Cuaderno Principal 2).

3.13 Traslado excepciones: El 1 de febrero de 2017, mediante la correspondiente fijación en lista, se surtió el traslado a la Convocante de las excepciones de mérito propuestas con la contestación de la reforma de la demanda, y esta el 8 de febrero de 2017 recorrió el traslado.

3.14 Admisión de la reforma de la demanda de reconvencción: Fue admitida y se ordenó correr traslado de la misma a través del Auto 7 del 13 de febrero de 2017. (Acta 6, folios 93 y 94 del Cuaderno Principal 2).

3.15 Contestación de la reforma de la demanda de reconvencción: El 8 de marzo de 2017, dentro del término de traslado, la Convocante contestó la reforma de la demanda de reconvencción – con formulación de excepciones de mérito - y solicitó pruebas (folios 95 a 118 del Cuaderno Principal 2).

3.16 Audiencia de conciliación y fijación de honorarios: La audiencia de conciliación se realizó el 3 de abril de 2017 declarándose fracasada por el Tribunal en la misma fecha. A continuación el Tribunal procedió a fijar los gastos y honorarios del presente proceso, cuyo pago fue cumplido en legal forma por las dos Partes (Acta 8, folios 197 a 200 del Cuaderno Principal 2).

3.17 Primera audiencia de trámite: Esta se surtió el **2 de mayo de 2017** y en la misma el Tribunal se declaró competente y decretó pruebas (Acta 10, folios 215 a 227 del Cuaderno Principal 2).

3.18 Instrucción del proceso:

3.18.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados como pruebas por las Partes.

3.18.2 Exhibición de documentos: El Tribunal negó la exhibición de documentos en la forma como fue solicitada por la Convocada pero, de oficio, la decretó respecto de algunos documentos sobre los cuales la había solicitado dicha Convocada, e igualmente negó la expedición de oficios solicitada por la Convocante para que se aportaran algunos documentos en poder de la Convocada, pero igualmente de oficio decretó la exhibición de tales documentos. Las dos exhibiciones se cumplieron el 17 de mayo de 2017 (Acta 11, folio 235 del Cuaderno Principal 2).

3.18.3 Testimonios: En audiencia del 17 de mayo de 2017, rindieron testimonio el señor Heriberto Pimiento y la señora Carmen Judith Jaimes; el Tribunal de oficio decretó el testimonio del señor Felipe Negret, el cual se practicó en la misma audiencia (Acta 11, folio 235 del Cuaderno Principal 2). En audiencia del 24 de mayo de 2017, rindió testimonio el señor Orlando Carvajal (Acta 12, folios 239 y 240 del Cuaderno Principal 2).

3.18.4 Dictamen Pericial: El dictamen pericial fue rendido por la experta en materias contables Ana Matilde Cepeda, el 4 de julio de 2017 (folios 394 a 411 del Cuaderno de Pruebas 2); la Convocante, dentro del

453

término de traslado solicitó aclaración y complementación del dictamen pericial, las cuales fueron rendidas el 14 de agosto de 2017 (folios 412 a 431 del Cuaderno de Pruebas 2); de estas se corrió traslado, durante el cual guardaron silencio las Partes.

3.18.5 Interrogatorios de parte: Se practicó interrogatorio de parte al representante legal de la Convocante el 17 de mayo de 2017. El informe escrito bajo juramento del representante legal de la Convocada decretado por el Tribunal, fue desistido por aquella y el Tribunal aceptó tal desistimiento por Auto 15 (Acta 13, folio 241 del Cuaderno Principal 2).

3.19 Cierre etapa probatoria: Por Auto 19 del 6 de septiembre de 2017, por haberse practicado la totalidad de las pruebas decretadas – salvo la desistida –, se decretó el cierre de la etapa probatoria sin objeción alguna de las Partes y se fijó el 2 de octubre de 2017 como fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión (Acta 16, folios 251 a 253 del Cuaderno Principal 2).

3.20 Alegatos de Conclusión: El 2 de octubre de 2017 se surtió la audiencia de alegatos de conclusión (Acta 17, folios 309 a 311 del Cuaderno Principal 2), en la que las Partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron sendos escritos contentivos de los mismos que se incorporaron al expediente (folios 260 a 308 del Cuaderno Principal 2). Previa solicitud de un término especial para rendir su concepto de fondo, que le fue concedido por el Tribunal, la representante del Ministerio Público presentó por escrito dicho concepto el 17 de octubre de 2017 (folios 312 a 447 del Cuaderno Principal 2).

4 Duración del proceso

El término de duración de este proceso es de 6 meses a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, la cual se inició y se terminó el 2 de mayo de 2017 (Acta 10, folios 215 a 227 del Cuaderno Principal 2). Por ende el mencionado término vencería el 2 de noviembre de 2017.

Sin embargo, a dicho término, por virtud del artículo 11 de la ley 1563 de 2012, deben adicionarse los días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por la solicitud expresa y conjunta de las Partes, lo cual sucedió así:

Por Auto 15 del 24 de mayo de 2017, se decretó la suspensión entre el 25 de mayo y el 16 de junio de 2017 (16 días hábiles); por Auto 19 del 6 de septiembre de 2017, se decretó la suspensión entre el 7 y el 27 de septiembre de 2017 (15 días hábiles) y, por Auto 20 del 2 de octubre de 2017, se decretó la suspensión entre el 10 de octubre y el 9 de noviembre de 2017 (21 días hábiles).

En total el proceso se ha suspendido durante 52 días hábiles.

En consecuencia, al sumarle los 52 días durante los cuales el proceso estuvo suspendido, el término vence el 23 de enero de 2018, motivo por el cual la expedición de este Laudo se hace dentro del término legal.

5 Presupuestos procesales y nulidades sustanciales

El Tribunal han cumplido con todos los requisitos necesarios para la validez del proceso arbitral, por lo cual no advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede proceder a dictar Laudo de mérito. En efecto:

454

(i) La demanda y la demanda de reconvención con sus reformas, cumplieron los requisitos exigidos por los artículos 82 y 84 del Código General de Proceso y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las admitió y las sometió a trámite;

(ii) Conforme se declaró por Auto 12 del 2 de mayo de 2017, proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las Partes, y no hubo por parte de estas reparo alguno sobre este particular;

(iii) Las Partes son sujetos capaces de comparecer al proceso, tienen capacidad para transigir y de la documentación pertinente que obra en el expediente no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión del Tribunal, son de carácter disponible y, además, por tratarse de un arbitraje en derecho de mayor cuantía, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados judiciales, debidamente constituidos y así reconocidos. En efecto, la parte convocante de este trámite es la Fundación Cardiovascular de Colombia, entidad privada sin ánimo de lucro legalmente constituida, con domicilio principal en Floridablanca, Santander, con NIT 890.212.568-8, según certificación de la Secretaría de Salud de Santander expedida el cinco (5) de agosto de 2015 y por su lado, la parte convocada del presente trámite es la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom, creada mediante la Ley 82 de 1912 y mediante la Ley 314 de 1996 se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de la Protección Social, con domicilio en Bogotá, D.C., hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes Par Caprecom Liquidado, cuyo vocero y administrador es Fiduciaria La Previsora S.A., con NIT 860.525.148-5, de la cual obra como apoderado general el doctor Felipe Negret, con cédula de ciudadanía No. 10.547.944 de Popayán, según escritura pública No. 140 del 22 de febrero de 2017 de la Notaría 28 del Círculo de Bogotá. Con la documentación que se aportó al expediente se estableció que tanto la Convocante como la Convocada tienen capacidad para transigir, y las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a la definición de este Tribunal, son susceptibles de resolverse por transacción y/o por decisión arbitral en general, de acuerdo con la ley. Adicionalmente, se tiene en cuenta que las dos Partes comparecieron al proceso debidamente representadas por abogados oportunamente reconocidos durante el trámite;

(iv) Las diferencias que son objeto de decisión arbitral, plasmadas en las respectivas pretensiones de la reforma de la demanda y de la reforma de la demanda de reconvención, están asociadas a la celebración y ejecución de una relación contractual de servicios profesionales, formalizada, en los términos de que dará cuenta el examen del Tribunal, entre la Convocante y la Convocada; y

(iv) Al tenor delo previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso, se efectuó el control de legalidad y, como consta en Acta 16 (folios 251 a 253 del Cuaderno Principal 2), el Tribunal no encontró vicio que afectara la etapa probatoria y requiriera por ende su saneamiento, por lo que decretó el cierre de la etapa de instrucción del arbitraje – sin objeción de las Partes -.

6 Pretensiones de la Fundación

La Convocante, en la reforma de la demanda señaló sus pretensiones así:

"PRIMERA: Que se declare el incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 250 de 2006, por parte de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE

455

EN LIQUIDACIÓN, en razón a que mediante diferentes comunicaciones ha requerido con posterioridad al 11 de julio de 2011, fecha en la que se firmó el Otrosí al Contrato No. 250 de 2006, examinar los estados financieros de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, con la finalidad de determinar los excedentes de la operación de la clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la ciudad Santa Marta, los cuales según la errada interpretación dada por CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, deben liquidarse y entregársele, obligaciones estas que fueron objeto de modificación mediante el acuerdo de voluntad de las partes plasmado en el otrosí al Contrato 250 de 2006, firmado el 11 de julio de 2011.

SEGUNDA: Que se declare que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, ha interpretado conforme a Derecho, la cláusula séptima del Contrato 250 de 2006, atendiendo a la expresa voluntad de las partes, las cuales decidieron modificar la remuneración que le correspondía a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, cambiando la participación de los excedentes a una suma fija mensual, y no así, adicionar otro valor, como lo ha interpretado CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN. Razón por la cual, el numeral 7.2. de la cláusula séptima del Contrato 250 de 2006, y la obligación de exhibir la información financiera para la liquidación de excedentes, no están vigentes por expresa voluntad de las partes mediante la celebración del otrosí del 11 de julio de 2011.

TERCERA: Que de conformidad con lo pactado en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales n° 250 de 2006, así como en las actas de junta paritaria celebradas, se ordene a CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, el cruce de cartera y compensación que no se hizo efectivo a partir del mes de junio de 2015 hasta el 28 de diciembre del mismo año, fecha en la que mediante el decreto 2519 de 2015, se ordenó la supresión y liquidación de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, ya que no efectuó el trámite contable interno para reconocer las compensaciones de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA. Para el efecto se anexa certificación en la cual consta las facturas que no fueron cruzadas a favor de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, cuyo valor total corresponde a la suma de OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$836.883.871 M/CTE)

CUARTA: Que se condene a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN en costas y gastos del Trámite Arbitral. ”

7 Hechos de la reforma de la demanda

La Convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la reforma de la demanda, de la siguiente manera:

“PRIMERO: El día 21 de diciembre de 2006, se firmó el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 250 de 2006, entre la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM, y la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, cuyo objeto es: “la prestación de servicios profesionales por parte de EL CONTRATISTA para la administración de la Clínica denominada hoy JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la ciudad Santa Marta, para que sin representación de CAPRECOM y sin capacidad de comprometerlo de ninguna manera, bajo su exclusiva dirección y responsabilidad, con toda autonomía administrativa y actuando a su nombre en todos los casos, realice las siguientes acciones (...)”.

SEGUNDO: En la cláusula séptima del Contrato, se estipuló que:

456

SEPTIMA. EXCEDENTES Y PERDIDAS:

7.1 VALOR DEL CONTRATO Y RESPALDO PRESUPUESTAL: El presente contrato no tiene valor. Por lo tanto, no contará con certificados de disponibilidad presupuestal ni requiere de registro presupuestal para su legalización.

7.2 PARTICIPACION: Los excedentes de la administración de la Clínica se liquidarán para cada año fiscal y se distribuirán entre EL CONTRATISTA y CAPRECOM, así: 50% con destino a CAPRECOM y 50% con destino a EL CONTRATISTA. En todo caso, las pérdidas que se generen deberán ser asumidas en su integridad por EL CONTRATISTA, sin facultad o derecho alguno de repetir contra CAPRECOM.

7.3 DESTINACIÓN: La parte de los excedentes que le corresponde a EL CONTRATISTA compensará su gestión y por tanto será de su libre disposición, atendiendo su objeto social; mientras que los excedentes de CAPRECOM se destinarán, prioritariamente, para la modernización de equipos y la apertura de servicios en la Clínica.

En caso de que alguna de las cuotas anuales del crédito condonable que le otorga la Nación a CAPRECOM para el fortalecimiento de sus IPS, sea definida como no condonable por causas imputables a CAPRECOM, podrá destinar los excedentes, en caso de ser necesario, al pago de las cuotas anuales del CRÉDITO DE PRESUPUESTO una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y apertura de nuevos servicios antes mencionadas. Para ello, CAPRECOM le comunicará a EL CONTRATISTA dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informe de tal situación.

Una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y ampliación de servicios, y no se tengan cuotas anuales del crédito por cancelar, los excedentes de CAPRECOM serán destinados para amortizar su pasivo pensional.

En caso de que no se presenten excedentes, la cuota del crédito condonable que sea definida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como no condonable será asumida directamente por CAPRECOM.

Los excedentes de CAPRECOM no podrán ser utilizados como capital de trabajo para la administración de la Clínica que se organice.

7.4 PERDIDAS: En la medida en que EL CONTRATISTA tiene total autonomía para la administración de la Clínica y que por este contrato así se ha convenido, las pérdidas que se presenten en la operación serán asumidas exclusivamente por EL CONTRATISTA, con la facultad de terminación que se deja expresada en el aparte correspondiente, cuando tales pérdidas sean la consecuencia de causas objetivas no imputables a él, y siempre y cuando EL CONTRATISTA asuma dichas pérdidas y demuestre que se encuentra a paz y salvo por todos los gastos en que incurrió durante su administración."

TERCERO: Durante la ejecución del contrato se encontró que la forma y el procedimiento para establecer la suma que debía la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA cancelar a CAPRECOM, en virtud de la citada cláusula, resultaba dispendiosa, generando la necesidad de utilizar un gran esfuerzo administrativo y financiero, a tal punto que solo hasta con ocasión de la Junta Paritaria constituida el 26 de julio de 2011 se logró llegar a un acuerdo entre las partes en relación a los excedentes que le correspondía a CAPRECOM, desde la firma del contrato 250 de 2006 hasta la entrada en vigencia del Otrosí el 11 de julio de 2011.

CUARTO: Como consecuencia de la falta de acuerdo sobre la existencia y el monto de los eventuales excedentes presentados en la operación de la clínica, se generó la necesidad de modificar la forma de remuneración para acordar que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA cancelaría a CAPRECOM una suma fija mensual por concepto de la operación de la clínica. Al respecto, me permito

457

citar los documentos y antecedentes, en los cuales se evidencia la finalidad que tuvieron las partes para suscribir el Otrosí al Contrato nº 250 de 2006, estableciendo como remuneración de CAPRECOM una única suma fija mensual, así:

- De conformidad con el Oficio del 7 de diciembre de 2010, dirigido al doctor MARIO ANDRÉS URÁN, en su calidad de Director General de CAPRECOM, para la época, la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA le puso de presente en relación a la modificación del Contrato No. 250 de 2006: "...Teniendo en cuenta las dificultades administrativas que se generan por las posiciones encontradas de la auditoría de Caprecom y de la FCV en cuanto a la interpretación del clausulado del contrato en lo que tiene que ver con el manejo de cuentas y la pertinencia de algunos costos y gastos, que se traducen en que no haya autonomía administrativa para la FCV como lo establece el contrato, **proponemos como modificación estructural a la minuta suscrita modificar la participación de Caprecom, para que no sea un porcentaje de los excedentes sino un valor fijo mensual, el cual sería indexado anualmente y se pactaría de acuerdo entre las dos partes, cuyo monto responda a las expectativas mutuas. Es importante resaltar que no obstante esta modalidad de participación sugerida, la Fundación Cardiovascular de Colombia seguirá asumiendo las pérdidas que se llegarán a presentar por la operación de la Clínica**

De aprobarse esta solicitud de parte de ustedes, nos sentaríamos a definir el valor mensual y a revisar la minuta con el fin de ajustar la misma a las condiciones pactadas de participación. (Resaltado y negrilla fuera del texto)

- En el mismo sentido, de conformidad con el Oficio del 29 de diciembre de 2010, dirigido al doctor MARIO ANDRÉS URÁN, en su calidad de Director General de CAPRECOM, para la época, la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA le puso de presente en relación a la modificación del Contrato No. 250 de 2006: "En relación al contrato en referencia suscrito para la administración por parte de la FCV de la antes denominada Clínica José María Campo Serrano ubicada en la ciudad de Santa Marta, conociendo la disposición de Caprecom en modificar el numeral 7.2. de la cláusula SEPTIMA: Excedentes y pérdidas y con el fin de avanzar en las gestiones correspondientes, nos permitimos hacerle una propuesta de participación mensual para Caprecom equivalente al 1% del valor del avalúo del inmueble que efectuó el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Esta modificación como lo hemos anotado en nuestras anteriores comunicaciones permitiría un manejo más expedito de la relación comercial y beneficiaría a las dos Instituciones en la medida en que no se genera desgaste administrativo en el control y auditorías permanentes a las cifras económicas del proyecto. Así mismo beneficiaría a Caprecom en el sentido de garantizar unos ingresos fijos mensuales independientes de los resultados económicos de la clínica.

Hemos solicitado al Instituto Geográfico Agustín Codazzi que proceda a efectuar el avalúo correspondiente, el cual actualmente está en trámite y esperamos nos sea reportado por ellos en el mes de enero, si a ustedes les parece pertinente podremos sentarnos a acordar no solo el porcentaje, sino también las modificaciones que por la nueva modalidad de participación habría que efectuar a las demás cláusulas del contrato. (Resaltado y negrilla fuera del texto)

- Según consta en el Acta de Reunión del 5 de abril de 2011, se hizo referencia a la propuesta de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA sobre la modificación del Contrato No. 250 de 2006, reiterándose que: "...la propuesta de la Fundación de reconocer a título de excedentes de la operación de la IPS el 1.5% fijo mensual del avalúo del inmueble. Teniendo en cuenta lo anterior se solicita definir un término de tiempo para que Caprecom haga su propuesta y poder llegar a un punto de negociación con la Fundación Cardiovascular".

458

- De conformidad con el Acta de Verificación de condiciones del Contrato No. 250 de 2006, CAPRECOM sostuvo: "...Se redefine que, como forma de compensación financiera para CAPRECOM por la administración de la clínica se requiere establecer una suma fija que será equivalente al 10% del ingreso operacional del año inmediatamente anterior, compensación que se realizara en doce abonos mensuales. (para el 2011 sería de \$ 234.380.116, 67) en todo caso el abono en ningún momento la definida compensación podrá ser inferior a 150.000.000 mensuales".

- Ahora bien, en virtud del documento elaborado por CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, denominado INFORME COMPARATIVO FRENTE AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES CELEBRADO ENTRE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM" Y LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA CLÍNICA DENOMINADA HOY JOSÉ MARÍA CAMPO SERRANO, UBICADA EN LA CIUDAD DE SANTA MARTA., se evidencia que en relación a la cláusula séptima. Excedentes y pérdidas, la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA proponía modificar el numeral 7.2. así: "La compensación para CAPRECOM por la administración de la clínica será una suma fija mensual equivalente al 1.5% del avalúo catastral del inmueble donde funciona la Clínica". A su turno CAPRECOM propuso que el numeral 7.2. se modificaría así: "La compensación para CAPRECOM por la administración de la clínica será una suma fija equivalente al 10% del ingreso operacional del año inmediatamente anterior. Compensación que se realizara en doce abonos mensuales. (para el 2011 sería de \$ 234.380.116, 67... En ningún momento la definida compensación podrá ser inferior a 150.000.000 mensuales".

QUINTO: Por tal motivo, el 11 de julio de 2011, la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA y CAPRECOM suscribieron un Otrosí al Contrato No. 250 de 2006.

SEXTO: De la lectura de las consideraciones del Otrosí al Contrato No. 250 de 2006, se puede observar que la voluntad de las partes con su celebración fue la de modificar la forma de remuneración, fijándose una suma fija mensual, y así superando lo establecido en el numeral 7.2. de la cláusula séptima del contrato, en cuanto a la participación y distribución de los excedentes, así se dispuso que: (...) SEGUNDA. En el referido contrato se acordó que CAPRECOM y el CONTRATISTA tendrían una participación equivalente al 50% de los excedentes de la administración de la clínica. TERCERA. Que durante la ejecución del contrato se ha encontrado que la forma y el procedimiento para establecer la suma que debe el CONTRATISTA cancelar a CAPRECOM ha resultado dispendiosa y ha generado la necesidad de utilizar un gran esfuerzo administrativo y financiero. Así mismo, los excedentes de la Administración de la Clínica no han permitido a CAPRECOM percibir una contraprestación que permita recuperar la inversión efectuada. CUARTA. Que es necesario que las partes acuerden un instrumento que permita determinar en forma expedita la remuneración que debe recibir CAPRECOM. QUINTA. Que CAPRECOM junto con la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA han realizado múltiples reuniones previas en las cuales se determinó la conveniencia, oportunidad y necesidad de realizar el presente otrosí; de tal manera que dichas reuniones sustentan la celebración del mismo, sin afectar, ni modificar la esencia del contrato principal. (...)

SÉPTIMO: Por lo anterior, mediante la cláusula quinta del Otrosí se modificó la cláusula séptima del Contrato No. 250 de 2006: QUINTO. La cláusula SEPTIMA del contrato quedará así: 7.1 VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: El valor mensual que el CONTRATISTA cancelará a CAPRECOM, será la suma de Ciento Cinco Millones de pesos (\$105.000.000.00) M/CTE.

DESTINACIÓN: Los excedentes que le corresponden a EL CONTRATISTA serán de su libre disposición, atendiendo su objeto social; mientras que las contraprestaciones que recibe CAPRECOM se destinarán para el pago de la prestación de servicios de salud para los usuarios afiliados a CAPRECOM, para la modernización de equipos y para la apertura de servicios en la Clínica. Los demás numerales y párrafos de la CLAUSULA SEPTIMA continúan iguales.

PARAGRAFO: Los gastos e inversiones en que el CONTRATISTA haya incurrido o incurra, para la apertura de nuevos servicios estarán a cuenta del CONTRATISTA, con cargo a la operación.

OCTAVO: Así mismo, mediante la cláusula tercera del Otrosí se modificó la cláusula quinta del Contrato No. 250 de 2006, eliminándose aquellas obligaciones correspondientes a la entrega de la información financiera, lo cual no se consideró pertinente por las partes, teniendo en cuenta que la contraprestación para CAPRECOM ya no iba a ser un porcentaje de los excedentes. En la cláusula en comento se incluyó a cambio el ordinal "O. Presentar, durante la ejecución del contrato los siguientes informes y documentos: (...) 8. Certificado trimestral emitido por la Revisoría Fiscal de CONTRATISTA que certifique que se encuentra al día en el pago del valor mensual de la contraprestación y el IMPUESTO DE TIMBRE".

NOVENO: Infortunadamente, por un error involuntario en la redacción de la cláusula quinta del Otrosí, se acordó en el numeral 7.1 lo relacionado a la suma mensual fija que cancelaría la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, y en el 7.3., se hizo referencia a la destinación de los excedentes del contratista y a la contraprestación que recibirá CAPRECOM, sin darle la enumeración a esta última, como correspondía, es decir 7.2., e indicándose que continuarían vigentes los demás numerales y párrafos de la cláusula séptima del Contrato No. 250 de 2006. Sin embargo pese a lo anterior, se entendió que al no hacer mención sobre dicho numeral, este se encontraba eliminado, puesto que para eso se había dispuesto en el numeral 7.1 una suma mensual fija a favor de CAPRECOM.

DÉCIMO: Contrariando la clara y expresa voluntad de las partes, plasmada en el otrosí del Contrato No. 250 de 2006, CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN ha interpretado que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA debe cancelar los excedentes causados desde la firma del otrosí, es decir del 11 de julio de 2011, puesto que considera que el numeral 7.2 de la cláusula séptima del Contrato está vigente, atendiendo al sentido literal de los acuerdos, más que a la voluntad de las partes perseguida con ellos, lo cual no tiene ningún sustento, y como se ha expresado contraría la voluntad de las partes al definir una suma fija mensual que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA le cancelaría a CAPRECOM, superando con esto los inconvenientes en la definición de los excedentes a repartir entre las partes.

DÉCIMO PRIMERO: Así mismo, CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN mediante varias comunicaciones le ha requerido a la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA presentar la información financiera para liquidar los excedentes con posterioridad a la firma del otrosí, es decir, del 11 de julio de 2011, obligación que se eliminó precisamente mediante la suscripción del otrosí entre CAPRECOM y la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA.

DÉCIMO SEGUNDO: Es claro que la intención de suscribir el otrosí al Contrato No. 250 de 2006, fue la de modificar la forma de establecer la contraprestación para CAPRECOM, con el fin de corregir las dificultades presentadas en la aceptación por parte de CAPRECOM de las liquidaciones presentadas por la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, correspondientes a los excedentes generados por la clínica entre diciembre de 2006 y hasta julio de 2011.

DÉCIMO TERCERO: En ningún momento existió la voluntad de las partes dirigida a suscribir un otrosí con la finalidad de incrementar el valor de la compensación para CAMPRECOM, adicionando una suma fija a la ya pactada, sino eliminar la modalidad de un porcentaje sobre los excedentes del proyecto por una suma fija mensual.

DÉCIMO CUARTO: Ahora bien, de conformidad con los estudios y documentos previos y los pliegos de condiciones de la Invitación Pública 16 de 2006, la cual originó el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales 250 de 2006, CAPRECOM justificó que con el 50% de los excedentes que se percibieran en virtud del Contrato 250 de 2006 recuperaría su inversión, luego no tiene justificación que con la firma del otrosí se buscara el reconocimiento del 50% de los excedentes y el de una suma mensual fija. Así mismo no existe ninguna circunstancia irresistible que motivara a las partes a incrementar la remuneración de CAPRECOM reconociendo una suma fija mensual adicional.

DÉCIMO QUINTO: Con la firma del Otrosí del 11 de julio de 2011, CAPRECOM pretendió contar con un flujo de caja estable, ya que de conformidad con la remuneración inicialmente pactada en el Contrato No. 250 de 2006, no había podido percibir una retribución fija, por las dificultades al liquidar los excedentes, teniendo como referente los inconvenientes para CAPRECOM de recibir ingresos por concepto de un contrato celebrado para la administración de la clínica denominada Enrique de la Vega en Cartagena, con ocasión de la Invitación Pública 11 de 2006, en el que se había pactado la misma forma de remuneración a la estipulada originalmente en el Contrato 250 de 2006 celebrado con la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA.

DÉCIMO SEXTO: A solicitud de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, se integró la Junta Paritaria, el día 26 de julio de 2011, para resolver las controversias surgidas con ocasión del Contrato 250 de 2006, especialmente lo correspondiente a la liquidación de los excedentes que correspondían a la participación hasta la fecha del otrosí, en el que se cambió la remuneración para no tener más controversias sobre el tema. En esta acta se puede observar que la finalidad de esta Junta Paritaria fue la de realizar inicialmente un inventario de los distintos aspectos que venían generando controversia entre las partes durante la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales 250 de 2006, en el periodo anterior a la suscripción del otrosí del 11 de julio de 2011. En vista de lo anterior se acordó que el Otrosí entraría en vigencia a partir del día 15 de julio del año 2011, y también se precisó que el cobro de CAPRECOM se realizaría mediante factura, la primera de ellas para el periodo del 15 al 31 de julio del 2011, y de ahí en adelante se realizaría mediante facturación mensual, de tal manera que se estableció el valor de los excedentes desde el inicio del contrato hasta la firma del otrosí y la forma de pago.

DÉCIMO SÉPTIMO: De conformidad al Acta de Junta Paritaria correspondiente a la reunión celebrada el 26 de octubre de 2011, se estableció que:

Teniendo en cuenta lo acordado en pasada junta paritaria en relación a que el pago de la contraprestación a cargo de la Fundación por la ejecución del contrato No. 250 de 2006 a partir del 15 de julio de 2011, se efectuará mediante cruce de cuentas y previa facturación por parte de CAPRECOM, la Junta Paritaria acuerda que de no presentarse oportunamente por parte de CAPRECOM las facturas mensuales correspondientes para su contabilización y de no presentarse por parte de CAPRECOM el Listado de Facturas objeto de cruce de cuentas, no se generará incumplimiento en el pago por parte de la Fundación Cardiovascular.

CAPRECOM informa que se está tramitando visita de la Ingeniera Biomédica de Caprecom a la Clínica de

461

Santa Marta con el fin de revisar los activos a dar de baja, y los activos que la Fundación Cardiovascular de Colombia entregará a CAPRECOM.

En relación a la propuesta presentada por la Fundación Cardiovascular en la pasada Junta Paritaria para el cierre financiero del Proyecto, CAPRECOM informa que una vez analizadas las cifras la misma ha sido aceptada. Por lo anterior la utilidad acumulada a favor de CAPRECOM por la ejecución del contrato desde su inicio hasta el 30 de Junio de 2011 asciende a \$ 744'204.622. En la próxima junta paritaria a desarrollarse el 8 de Noviembre de 2011 a las 8 am se determinará la cifra definitiva en la que se incluya el comportamiento de los excedentes del 1 al 15 de Julio de 2011. Anotado lo anterior se acuerda por parte de la Junta Paritaria que los hallazgos reportados durante todo el proyecto por parte de la Auditoría de CAPRECOM han sido aclarados y superados.

De otro lado se acuerda por parte de la Junta Paritaria, que la Fundación Cardiovascular de Colombia pagará a CAPRECOM el valor de la utilidad antes mencionada, en la forma propuesta en la junta paritaria anterior, es decir mediante la entrega en propiedad de los equipos sobre los cuales la Fundación Cardiovascular cobro arriendo con cargo al proyecto y que hoy están en funcionamiento en la clínica. Con la entrega de los equipos CAPRECOM declara Paz y Salvo a la Fundación por concepto de la contraprestación que le correspondió por la ejecución del contrato desde su inicio hasta el 15 de Julio de 2011.

DÉCIMO OCTAVO: De conformidad al Acta de Junta Paritaria correspondiente a la reunión celebrada el 11 de noviembre de 2011, se estableció que: "Teniendo en cuenta que la modalidad de contraprestación para CAPRECOM con base en los excedentes del proyecto estuvo vigente hasta el 14 de Julio de 2011, funcionarios del área contable de CAPRECOM y de la FUNDACION procedieron a liquidar los excedentes del proyecto que corresponden a esta fecha (14 Julio de 2011)".

DÉCIMO NOVENO: De conformidad al Acta de Junta Paritaria correspondiente a la reunión celebrada el 23 de noviembre de 2011, se estableció que: "... Igualmente la Junta Paritaria se ocupa del tema de inventarios tratado en el acta anterior. Se anexa a la presente acta copia del acta suscrita entre funcionarios de Caprecom y la Fundación Cardiovascular con base en la visita e inventario físico realizado por la Ingeniera Diana Carolina Flórez, funcionaria de Caprecom. Así mismo se incorporan a la presente acta los anexos correspondientes. Se aclara que el anexo No. 4 referido en el acta de inventarios corresponde a los equipos que la Fundación Cardiovascular de Colombia entrega a Caprecom como pago por las utilidades que arrojó la operación del proyecto desde su inicio hasta el 14 de Julio de 2011, los cuales seguirán siendo utilizados por la Fundación Cardiovascular de Colombia, hasta la fecha de terminación del contrato y entrega de la Clínica..."

VIGÉSIMO: De conformidad con la certificación expedida el 30 de enero de 2012, a solicitud de CAPRECOM, se dejó constancia que: "De acuerdo con lo concertado en las reuniones de Junta Paritaria, queda en firme el valor a pagar por parte de la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA a CAPRECOM por concepto de excedentes un valor total de \$688.451.000 (Seiscientos ochenta y ocho millones, cuatrocientos cincuenta y un mil pesos mcte.), los cuales, según las decisiones tomadas en las reuniones de Junta Paritaria, la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA ENTREGARÁ a CAPRECOM en especie consistente en los equipos sobre los cuales la FUNDACION había cobrado alquiler con cargo al proyecto, correspondientes al Anexo Nro. 4 del "Acta de Conciliación de inventario de activos y bienes en la Clínica José María Capo Serrano de CAPRECOM en Santa Marta, equipos que han sido verificados físicamente por funcionarios de CAPRECOM, quienes han comprobado su estado actual,

y, que serán entregados por la FUNDACION CARDIOVASCUALR DE COLOMBIA a CAPRECOM, una vez finalice el contrato de arrendamiento celebrado entre CAPRECOM como arrendadora y la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA como arrendataria del inmueble donde funciona la citada clínica, dado que tales equipos han sido dejados por CAPRECOM a la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, A TÍTULO DE COMODATO".

VIGÉSIMO PRIMERO: Ahora bien, CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, solo hasta el año 2014, por medio del oficio SUBD-IPS-3000-154-2014, remitido por el doctor ROBERTO GÓMEZ RENGIFO, puso en conocimiento de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, su interpretación acerca de la vigencia del numeral 7.2 de la cláusula séptima del Contrato No. 250 de 2006, por el cual solicitaba el reconocimiento de los excedentes, adicional a la suma fija mensual pactada y la entrega de la información financiera para el efecto, sin que en los años posteriores a la firma del otrosí, 11 de julio de 2011, hiciera referencia alguna a dichos requerimientos, ni si quiera en las Juntas Paritarias celebradas el 26 de julio, 26 de octubre, 8 y 23 de noviembre de 2011. Lo cual demuestra que CAPRECOM conocía la voluntad de las partes al modificar la remuneración inicialmente pactada en el contrato, actuando de conformidad a ella durante los años 2011 a 2014.

VIGÉSIMO SEGUNDO: La FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, ha cancelado la suma mensual fija a CAPRECOM, de conformidad con las estipulaciones del otrosí al Contrato 250 de 2006.

VIGÉSIMO TERCERO: Ante el fracaso de la etapa de arreglo directo, la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA acudió a la Superintendencia Nacional de Salud, en previsión de la cláusula trigésima cuarta del Contrato No. 250 de 2006, la cual respondió en Oficio radicado No. 2-2015-063785, su incompetencia para pronunciarse sobre el conflicto en el siguiente sentido: "(...) las competencias de la Superintendencia Delegada se circunscriben a los asuntos consagrados en la referida normativa, dentro de los cuales se encuentra conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de juez "conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud", siempre y cuando la solicitud venga dirigida en los términos del inciso segundo del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. Así las cosas, respetuosamente me permito informarle que en el evento que desee acceder a la función jurisdiccional, le invitamos a tener en cuenta el formato guía que a continuación transcribimos (...)"

VIGÉSIMO CUARTO: Por lo anterior, la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, haciendo uso de la última instancia prevista en el contrato para dirimir el conflicto existente entre las partes con ocasión a la interpretación de la cláusula quinta del otrosí al Contrato No. 250 de 2006, relacionada con la supuesta vigencia del numeral 7.2. de la cláusula séptima de este, ha decidido presentar solicitud para convocar un Tribunal de Arbitramento, de acuerdo a la cláusula trigésima cuarta del contrato.

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, de junio a diciembre de 2015, CAPRECOM, no efectuó el trámite contable interno para reconocer las compensaciones de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, de conformidad a lo acordado en las Juntas Paritarias conformadas. Por lo cual, se ha solicitado a la FUNDACIÓN transferir dichos valores, teniendo en cuenta que a partir del mes de diciembre de 2015, mediante Decreto 2519 de 2015, el Gobierno Nacional dispuso la supresión y liquidación de CAPRECOM.

VIGÉSIMO SEXTO: Ante la anterior solicitud, debe advertirse que efectivamente a partir del momento en que CAPRECOM entró en liquidación no es posible hacer esas compensaciones, sin embargo, durante los

463

meses de junio a diciembre del año 2015, CAPRECOM no estaba en liquidación y en el contrato, así como en las actas de junta paritaria se había pactado la posibilidad de hacer esa compensación. En este punto resulta importante señalar la importancia que tienen los acuerdos contractuales, expresamente establecidos por autonomía de la voluntad de las partes, así como de las juntas paritarias conformadas, como primer mecanismo de arreglo entre las partes, y en las cuales también se acordó por disposición de las partes que los pagos se harían a través de una compensación de la suma a transferir a CAPRECOM, y los valores por la prestación del servicio a sus usuarios, teniendo en cuenta que CAPRECOM no había venido pagando los servicios y que en el contrato se había previsto que lo que le correspondía pagar la FUNDACIÓN a CAPRECOM se podía hacer también en servicios.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Ahora bien, es claro que hasta el mes de mayo de 2015, las compensaciones se realizaron, y CAPRECOM procedió a hacer su contabilidad; sin embargo, a partir del mes de junio de 2015 y hasta la fecha de la liquidación de CAPRECOM, dicho trámite interno no se efectuó, a pesar de que estaba acordado y pactado el cruce de cuentas.

VIGÉSIMO OCTAVO: No puede desconocer CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, el principio de la autonomía de voluntad, ni desconocer lo que se había acordado en las cláusulas del Contrato No. 250 de 2006, su otrosí, así como lo decidido y definido de mutuo acuerdo en las Actas de Junta Paritaria. Así mismo debe tenerse en cuenta que las compensaciones ya se efectuaron, haciendo falta únicamente el trámite contable interno en CAPRECOM, lo cual merece un reproche de su conducta, y que no es competencia de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, ni tiene relación con lo acordado por las partes.

VIGÉSIMO NOVENO: Así las cosas, hasta el 28 de diciembre de 2015, fecha en la que se ordenó la liquidación CAPRECOM, la Entidad tiene la obligación de cumplir lo que se pactó en el contrato y lo acordado en las Actas de Junta Paritaria, ya que efectivamente la FUNDACIÓN prestó los servicios, envió las comunicaciones informando los valores a compensar y procedió a hacer las respectivas compensaciones. De tal manera que lo que debe hacer CAPRECOM es surtir los trámites contables internos que no son competencia de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA para efectuar esas compensaciones. "

8 Excepciones de mérito formuladas por la convocada

La Convocada formuló en la contestación de la reforma de la demanda, las siguientes excepciones de mérito:

"3.1. EL CONTRATO 0250 DE 21 DE DICIEMBRE DE 2006 Y EL OTROSÍ QUE MODIFICÓ EL CONTRATO 0250 ESTÁN AJUSTADOS A DERECHO. TODO CONTRATO LEGALMENTE CELEBRADO ES UNA LEY PARA LOS CONTRATANTES.

3.2 INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR LA DEMANDANTE - EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

3.3 FALTA DE COMPETENCIA DEL ÁRBITRO ÚNICO PARA ALTERAR EL PROCESO CONCURSAL DE LA LIQUIDACIÓN DE CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN.

3.4 LA CONDUCTA DE LOS DEMANDANTES ES CONTRARIA A LA BUENA FE.

3.5 LOS DEMANDANTES ESTÁN VIOLANDO EL PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

3.6 EXCEPCION GENÉRICA."

464

9 Pretensiones de Caprecom

La Convocada, en la reforma de la demanda de reconvencción, estableció sus pretensiones así:

"1. Que se declare que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, incumplió el Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006, sobre el que se pactó un OTROSÍ que lo modificó.

2. Que se declare que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, incumplió la cláusula 7.2, estipulación que no fue objeto de supresión ni modificación en el Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011, que cambió el texto original, y que a la letra dice: "...7.2 PARTICIPACIÓN: Los excedentes de la administración de la Clínica se liquidarán para cada año fiscal y se distribuirán entre EL CONTRATISTA y CAPRECOM, así. 50% con destino a CAPRECOM y 50% con destino a EL CONTRATISTA."

3 Que en consecuencia se declare que la entidad CONTRATISTA, demandada en reconvencción, FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA deberá dar cumplimiento a esa estipulación respecto de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y hasta la terminación de la relación contractual, que se extendió hasta el veintisiete (27) de enero del año dos mil veinte (2020) mediante OTROSÍ de fecha veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017).

4 Que se condene a la entidad CONTRATISTA, demandada en reconvencción, FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, a efectuar el pago del 50% de los excedentes sobre la operación (explotación) de la IPS Clínica denominada hoy INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA y contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la carrera 4 # 26A- 71 de la ciudad de Santa Marta, Magdalena, que resulte determinada en el trámite arbitral por los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, a favor de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, o del patrimonio autónomo, o persona (s) y/o entidad (es) que asuman y representen sus derechos, en el monto que se determine en este trámite arbitral, conforme a los términos y definiciones establecidas en el Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 y su Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011.

5 Que se declare que la entidad CONTRATISTA, demandada en reconvencción, FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, está obligada a efectuar el pago del 50% de los excedentes sobre la operación (explotación) de la IPS Clínica denominada hoy INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA y contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la carrera 4 #26 A - 71 de la ciudad de Santa Marta, Magdalena, a favor de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, o del patrimonio autónomo, o persona (s) y/o entidad (es) que asuman y representen sus derechos, por todos los años con corte de ejecución contractual, posteriores al laudo y en adelante, hasta la terminación del contrato, en el monto que se determine para cada año, conforme a los términos y definiciones establecidas en el Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 y su Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011, para lo cual deberá presentar los estados de resultados financieros y soportes requeridos por cada periodo fiscal, en los términos pactados.

6 Que se condene la entidad CONTRATISTA, demandada en reconvencción, FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA en las costas del trámite arbitral."

10 Hechos de la reforma de la demanda de reconvención

La Convocada fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la reforma de la demanda de reconvención, así:

1. La CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, con NIT 899.999.026-0, es una empresa industrial y comercial del estado que fue suprimida y se ordenó su liquidación mediante el decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 designándose como entidad LIQUIDADORA, a la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., NIT 860.525.148-5, con domicilio en Bogotá.

2. Que la liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN se extendió hasta el 27 de enero de 2017 en los términos del decreto 2192 del 28 de diciembre de 2016.

3. Con anterioridad a la liquidación de la entidad demandada, CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, con NIT 899.999.026-0, ahora demandante en reconvención, se había celebrado el Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 con la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, sobre el que versa este litigio y que tiene por objeto:

“TERCERA. OBJETO: El objeto del presente contrato es la prestación de servicios profesionales por parte de EL CONTRATISTA para la administración de la clínica denominada hoy JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la ciudad de Santa Marta, para que sin representación de CAPRECOM y sin capacidad de comprometerlo de ninguna manera, bajo su exclusiva dirección y responsabilidad, con toda autonomía administrativa y actuando a su nombre en todos los casos, realice las siguientes acciones:

a) Organice bajo su autonomía la clínica que se entrega (inmuebles y muebles), de propiedad de CAPRECOM, de tal forma que se mejore su capacidad para atender actividades de mediana y alta complejidad.

b) Asegure los recursos económicos necesarios para que la clínica, una vez organizada, se mantenga en funcionamiento adecuado, dentro de los términos del Sistema de Seguridad Social en Salud, para garantizar la prestación de servicios de salud en su área de influencia. En desarrollo de esta responsabilidad EL CONTRATISTA suministrará los recursos económicos necesarios para mantener el capital de trabajo que garantice la operación de la clínica y asumirá las pérdidas, en el evento en que éstas se presenten, sin facultad o derecho alguno de repetir contra CAPRECOM.

c) Asuma los gastos de operación con cargo a los ingresos que genere, de manera tal que mantenga la clínica en óptimas condiciones de funcionamiento. En desarrollo de esta responsabilidad EL CONTRATISTA asumirá los recursos de la operación el mantenimiento de equipos y de inmuebles como se define en este contrato y la reposición de los equipos, con las precisiones que se hacen en el capítulo correspondiente; en todo caso, ante la ausencia de los recursos de operación, EL CONTRATISTA se compromete a garantizar el capital de trabajo necesario para el normal funcionamiento de la Clínica;

d) Realice la apertura de servicios, con el fin de mejorar la capacidad de oferta de servicios de acuerdo con la demanda; y

e) Garantice que el portafolio de servicios de la Clínica que se organice, incluya servicios de salud de mediana y alta complejidad, teniendo en cuenta las condiciones de la demanda de servicios.

PARÁGRAFO PRIMERO: Dichas acciones podrán realizarse en forma directa, o a través de otra entidad que cree EL CONTRATISTA, bajo su exclusiva responsabilidad y control, garantizando en todo caso una

adecuada separación contable y financiera de la clínica que se entrega, de los demás bienes de EL CONTRATISTA. Para ellos, deberá informar a CAPRECOM al momento de celebrar el acta de entrega, de lo cual se dejará constancia en la misma.

PARÁGRAFO SEGUNDO: La Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO se encuentra ubicada en la ciudad de Santa Marta, en la carrera 4 y calle 29 identificada con nomenclatura urbana Carrera 4 No. 26A-71, de la ciudad de Santa Marta (Magdalena); conforme a lo descrito en la escritura pública de división material No. 975 de Abril 28 de 2006, está determinada por los siguientes LINDEROS: "GLOBO 3 con área de DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UNO PUNTO VEINTISETE (18.871.27) metros cuadrados, comprendido dentro de los siguientes linderos y medidas: NORTE, con Globo1, en ciento treinta (130) metros lineales; SUR Calle 29 o Avenida del Río en ciento cincuenta y dos punto noventa y siete (152.97) metros lineales; ESTE con Globo 2, en ciento cuarenta y tres punto cero cuatro (143.04) metros lineales; OESTE, con la Avenida Hernández Pardo en ciento treinta y uno punto cuarenta y seis (131.46) metros lineales. PARÁGRAFO: En este Globo se encuentra la Unidad Hospitalaria JOSE MARÍA CAMPO SERRANO. A este inmueble le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria No. 080-90476 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta y la cédula catastral No. 01-04-0053-0010-000."

4. El 11 de julio de 2011, la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, con NIT 899.999.026-0, y la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA suscribieron un OTROSÍ que modificó el contrato 0250, con el propósito de fijar unas nuevas condiciones que le pudiesen hacer "... percibir una contraprestación que permita recuperar la inversión efectuada..." a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN.

5. En el Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011 no se suprimió la estipulación contractual pactada bajo el numeral 7.2. del Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 que dice:

"...7.2 PARTICIPACIÓN: Los excedentes de la administración de la Clínica se liquidarán para cada año fiscal y se distribuirán entre EL CONTRATISTA y CAPRECOM, así. 50% con destino a CAPRECOM y 50% con destino a EL CONTRATISTA."

Por el contrario, en el OTROSÍ que modificó el contrato 0250, expresamente se señaló:

"...Los demás numerales y párrafos de la CLÁUSULA SEPTIMA continúan iguales...."

6. El hecho inmediatamente anterior no es susceptible de interpretación alguna, pues de acuerdo con la ley el sentido natural y obvio de las palabras, según el uso general de las mismas, no puede ser susceptible de interpretación. El querer de las partes, expresado bilateralmente, es el que resultó consignado textualmente en el Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011.

7. La CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, con NIT 899.999.026-0, empresa industrial y comercial del estado con domicilio en Bogotá, D. C. ha requerido a la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA para que entregue los siguientes documentos necesarios para liquidar la contraprestación pactada en la cláusula 7.2 del Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006:

- Estado de Resultados de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.
- Balance General de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.

467

- Auxiliares de las cuentas contables por tercero de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.
- Notas a los estados financieros de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.
- Informes de Revisoría Fiscal con cierre a las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.

8. La FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA incumplió sus obligaciones para con la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, tal como están pactadas en la Cláusula 7.2 del Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006, alegando en forma contra evidente que esa estipulación se suprimió con OTROSÍ de fecha 11 de julio de 2011, que modificó el contrato 0250.

9. La supresión de un texto contractual, del cual se desprende una obligación pecuniaria a favor de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, tiene que ser expresa.

10. Resulta ajeno al Derecho, que se pudiese hacer por vía de interpretación, más si esa interpretación mina la rentabilidad propia de un bien fiscal del estado, bien patrimonial que le debe rentar si su explotación la hace un particular, como lo hace en este caso LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA en la operación de la IPS Clínica denominada hoy INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA, contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la carrera 4 #26 A – 71 de la ciudad de Santa Marta, Magdalena, que se encuentra destinada a la prestación de servicios de salud.

11. Ante el incumplimiento de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, les ha requerido mediante múltiples comunicaciones para que atiendan sus obligaciones contractuales.

12. La FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE ha incumplido con el contrato Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006, al abstraerse e impedir la determinación del 50% de los excedentes sobre la operación (explotación) de la IPS Clínica denominada hoy INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA y contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la carrera 4 #26 A – 71 de la ciudad de Santa Marta, Magdalena, que resulte determinada en el trámite arbitral por los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

13. Adicionalmente, la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA incumplió el contrato al abstenerse de entregar los siguientes documentos:

- Estado de Resultados de las vigencias 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- Balance General de las vigencias 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- Auxiliares de las cuentas contables por tercero de las vigencias 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- Notas a los estados financieros de las vigencias 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- Informes de Revisoría Fiscal con cierre a las vigencias 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

14. A raíz de las reclamaciones presentadas a la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA por la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, el abogado Jorge Pino Ricci presentó la demanda arbitral que dio lugar a la instalación de este Tribunal de Árbitro Único, con el fin de liberar a su mandante de las obligaciones pecuniaria incumplidas derivadas del

468
468

Contrato 0250 de 21 de diciembre y el Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011, que lo modificó, pidiendo injustificadamente que la interpretación contractual pretendida le permita a la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA obtener un beneficio económico por la explotación de la IPS INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA y contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, en perjuicio de todos los acreedores graduados y calificados dentro del trámite de la liquidación.

15. Dentro del trámite de la liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, la sociedad FORTRESS – S.A.S. – hizo una valoración de la IPS - INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO.

16. Con base en ese informe de valoración, el apoderado general de la Fiduciaria La Previsora S.A., entidad liquidadora de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, profirió la Resolución No. 001235 del 17 de noviembre de 2016 por medio de la cual se aceptó el avalúo como negocio en marcha, entre otros bienes, el de la IPS -INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, el cual se determinó en la suma de TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DE PESOS (\$35.324'000.000). Acto administrativo ceñido a toda la legislación aplicable a la liquidación de esta entidad el cual quedó en firme y ejecutoriado.

17. Mediante Otrosí celebrado entre la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN y la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA el 26 de enero de 2017 se prorrogó el término del Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 hasta el 27 de enero de 2020.

18. En el Otrosí celebrado el 26 de enero de 2017 entre la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN y la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, se estableció:

CLÁUSULA TERCERA: A partir del 27 de enero del 2017 el valor mensual que el CONTRATISTA pagará a CAPRECOM EICE en Liquidación, o al patrimonio autónomo que se constituya en cumplimiento del decreto 2192 de 2016, o a quien acredite titularidad del derecho de dominio sobre la clínica JOSÉ MARÍA CAMPO SERRANO ubicada en la ciudad de Santa Marta, será la suma mensual de CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS (\$160.000.000,00) IVA incluido. Este valor se incrementará cada año, el 27 de enero, en un porcentaje igual al Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

PARÁGRAFO: La determinación de este valor no implica conciliación, transacción, renuncia, desistimiento, novación o disposición alguna del derecho en litigio que actualmente se controvierte en el trámite arbitral que cursa ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En cuanto a la controversia que se ha generado en relación con la ejecución del contrato las partes se someterán y se obligan a cumplir lo que se resuelva en el laudo del respectivo tribunal de arbitramento que cursa con árbitro único, Dr. EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA. (Resaltado en negrilla fuera de texto).

19. La rentabilidad mensual de un negocio en marcha, tal como la IPS -INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, de acuerdo con la costumbre mercantil debe oscilar mínimo entre el 0,7% y el 1,5% del avalúo comercial del bien, de

469

tal forma que la rentabilidad mensual para esta institución debe estar entre \$247'268.000 mínimo y hasta \$529'860.000, de acuerdo con la valoración que hizo la sociedad FORTRESS – S.A.S.

20. En el otrosí del 26 de enero de 2017 se fijó como renta fija mensual la suma de CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS (\$160.000.000,00) IVA incluido, en consideración a que el componente adicional que mantenga la rentabilidad propia de un justiprecio por la IPS -INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA, contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, provenga de la liquidación del 50% de los excedentes sobre la operación (explotación) que resulte determinada en el trámite arbitral.

21. La intención contractual de las partes es el que se recoge en documentos bilaterales y no en las manifestaciones unilaterales de una sola de las partes.

22. Los bienes fiscales de las EICE deben retribuir al estado en las mismas condiciones de mercado que aplican para los particulares."

11 Excepciones de mérito por la parte reconvenida

La Convocante, en la contestación de la reforma de la demanda de reconvenición formuló las siguientes excepciones de mérito:

"1. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DEL CONTRATO NO. 250 DE 2006

2. VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PACTA SUNT SERVANDA Y BUENA FE POR PARTE DE CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN

3. INTERPRETACIÓN DEL OTROSÍ AL CONTRATO NO. 250 DE 2006. "

12 Audiencia de Laudo

La audiencia de laudo se fijó mediante Auto 20 proferido el 2 de octubre de 2017, para el día 14 de noviembre de 2017 (Acta 17, folios 309 a 311 del Cuaderno Principal 2).

13 Intervención del Ministerio Público

La doctora Luz Esperanza Forero de Silva, Procuradora Quinta Judicial Administrativa, en su alegato final presentó y sustentó oportunamente las siguientes peticiones:

1. Que se declare la nulidad del otrosí al contrato No. 250 celebrado entre la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom- y la Fundación Cardiovascular de Colombia, por haber incurrido en las causales de nulidad absoluta de desviación de poder, causa ilícita y transgresión de normas de orden público.

2. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordenen las restituciones mutuas a que haya lugar.

Capítulo Segundo: Consideraciones del Tribunal

1 Delimitación de las controversias

4570

El Tribunal deberá decidir en primer lugar, si procede la declaratoria que pidió la Procuradora. Y, en la medida que esa solicitud no prospere, acorde con las peticiones y excepciones que se plantearon, este Tribunal habrá de resolver sobre lo siguiente:

1.1 Sobre la demanda principal

1.1.1 Ha existido incumplimiento del contrato de prestación de Servicios Profesionales 250 de 2006, por parte de Caprecom, en caso que haya requerido, con posterioridad al 11 de julio de 2011, examinar los estados financieros de la Cardiovascular con la finalidad de determinar los excedentes de la operación de la clínica José María Campo Serrano.

1.1.2 Es procedente que se pronuncie y, solo en caso positivo, si la Cardiovascular ha interpretado conforme a derecho, la cláusula séptima del contrato 250 de 2006, en el sentido que las partes decidieron modificar la remuneración que le correspondía a Caprecom cambiando la participación de los excedentes a una suma fija mensual, y no adicionar otro valor.

1.1.3 Debe ordenar a Caprecom el cruce de cartera y compensación que no se hicieron efectivos a partir del junio de 2015 hasta el 28 de diciembre del mismo año, fecha en la que mediante el decreto 2519 de 2015, se ordenó la supresión y liquidación de Caprecom.

1.2 Sobre la demanda de reconvención

El Tribunal deberá decidir si:

1.2.1 Es procedente que se pronuncie en ese sentido y, en caso de serlo, si la Cardiovascular incumplió el Contrato 250 de 21 de diciembre de 2006.

1.2.2 (i) La cláusula 7.2 pactada en la versión original del Contrato 250 de 21 de diciembre de 2006 no fue objeto de supresión ni modificación en el Otrosí celebrado entre las Partes el 11 de julio de 2011; y (ii) En caso que no hubiera sido suprimida, si la Cardiovascular la incumplió; y, en caso que no hubiera sido suprimida y hubiere sido incumplida, si debe ordenar a la Cardiovascular darle cumplimiento respecto de todos o alguno de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y hasta la terminación de la relación contractual, el 27 de enero de 2020.

1.2.3 Debe ordenar a la Cardiovascular efectuar el pago del 50% de los excedentes sobre la operación o explotación de La Clínica por todos o alguno de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 en favor de Caprecom o del patrimonio autónomo que asumió y representa sus derechos, en el monto que se hubiere determinado en este trámite arbitral.

1.2.4 Debe ordenar a la Cardiovascular efectuar el pago del 50% de los excedentes sobre la operación o explotación de La Clínica en favor de Caprecom o del patrimonio autónomo que asumió y representa sus derechos, por los años con corte de ejecución contractual, posteriores al laudo y en adelante, hasta la terminación del contrato, en el monto que se determine para cada año.

1.3 Sobre las excepciones de mérito presentadas por Caprecom:

El Tribunal deberá pronunciarse respecto de si:

1.3.1 El contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 y el otrosí que lo modificó están ajustados a derecho. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

1.3.2 El incumplimiento de la Fundación Cardiovascular de Colombia, justifica y enerva la nueva pretensión tercera de la demanda reformada, respecto de porqué Caprecom no hizo el cruce de cartera y compensación de créditos entre el mes de junio de 2015 y hasta el 28 de diciembre de 2015, cuando se profirió el decreto 2519 que ordenó la supresión de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones.

1.3.3. El Tribunal carece de competencia para alterar el proceso concursal de la liquidación de Caprecom.

1.3.4 La conducta de la Fundación Cardiovascular de Colombia es contraria a la buena fe.

1.3.5 La Fundación Cardiovascular de Colombia está violando el principio venire contra factum proprium.

1.4 Sobre las excepciones de mérito presentadas por la Fundación :

El tribunal deberá resolver si:

1.4.1 No existió incumplimiento por parte de la Fundación Cardiovascular del contrato No. 0250 de 2006.

1.4.2 Caprecom desconoció los principios de pacta sum servanda y buena fe.

1.4.3 El otrosí debe interpretarse de acuerdo a la intención de las partes del contrato.

2 Petición de la Procuradora

2.1 Nulidad

La nulidad absoluta se configura en aquellos casos en donde el negocio jurídico celebrado desconoce intereses superiores, por lo cual, el fallador debe extinguir los efectos de la convención, ordenando las restituciones mutuas. Es el mayor castigo que puede recibir un contrato y el único facultado para consagrar causales de nulidad es el legislador.

Acerca de ello el Consejo de Estado señala que "... no toda trasgresión a las normas afecta de nulidad absoluta el contrato, sino aquéllas irregularidades previstas expresamente por el legislador, lo cual constituye una reserva de ley, es decir, que sólo él puede establecer causales que afectan de nulidad absoluta un contrato. Según esta norma, (ley 80 de 1993 art. 44) no todas las causales de nulidad de los contratos estatales están previstas en ella, pues también quedan incorporadas las causales contempladas en el derecho civil y en el comercial, de manera que existen dos fuentes normativas en cuanto a las causales de nulidad de los negocios estatales: i) las del derecho común, y ii) las exclusivas del derecho administrativo. No obstante, todas están recogidas en la norma pública citada. Por tanto, a las causales

de nulidad previstas en el artículo 44 de la ley 80, se deben agregar las siguientes del derecho civil (Art. 1740, 1741, 1742)(...)"¹.

2.2 De la competencia de los tribunales arbitrales para declarar la nulidad

Aún sin petición expresa de parte, el juez arbitral no sólo tiene la facultad, sino el deber de declarar la nulidad absoluta de un contrato o parte de él, según el caso, cuando esté demostrada alguna causal prevista en la ley.

Esa actuación no viola el principio de congruencia,² porque la ley ordena en esos eventos decidir de oficio acerca de la validez o invalidez del contrato y, por ende, el árbitro "está cumpliendo con el respectivo precepto, expreso o implícito, o sea proveer sobre cuestiones incluidas en la relación procesal por disposición del legislador, de modo que las partes desde el principio saben el objeto del debate."³

En el caso concreto, las partes mediante pacto arbitral acordaron en la cláusula trigésima cuarta del contrato (folio 30 del Cuaderno de Pruebas 1), que "... toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, a su terminación, a su liquidación y al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el mismo, será llevado en primera instancia a una Junta paritaria integrada por representantes de CAPRECOM y EL CONTRATISTA, la cual facilitará la solución entre las partes de las controversias a que hubiere lugar. En caso de que cualquier mecanismo directo entre las partes no sea posible, dichas controversias serán resueltas por la Superintendencia Nacional de Salud. En caso de que dicha entidad no tenga facultades para conocer sobre el presente contrato, las controversias a que haya lugar serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento que funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y que se sujetará a lo dispuesto por el decreto 2279 de 1989, decreto 2651 de 1991, ley 377 de 1997, ley 446 de 1998, decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones legales que le sean aplicables, los reglamenten, adicionen o modifiquen y de acuerdo con los siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por un árbitro; b) El Tribunal funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá; y c) El Tribunal decidirá en derecho."

Así, este Árbitro tendría el deber de declarar la nulidad absoluta del contrato, aún oficiosamente, si a ello hubiere lugar.

2.3 De las causales de nulidad en los contratos estatales

En el anterior orden de ideas, se procederá a estudiar las alegaciones de nulidad puestas de presentes por la Procuradora Quinta Judicial Administrativa, adelantando que no se encontró por configurada ninguna.

2.3.1 Desviación de poder

¹ Consejo de Estado. Sentencia del 16 de agosto de 2016. Exp. No. 31.480.

² Como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, citada por el Consejo de Estado, no se está en inconsonancia "en los casos que el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de oficio sobre ciertos extremos de la controversia, pues tal hipótesis, aunque el demandante o demandado no los hayan sometido expresamente a su decisión, se hallan incluidos en la relación procesal por mandato del legislador, y en consecuencia, saben las partes, desde el momento en que aquella se constituyó, que tales cuestiones son objeto del debate" (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

³ Consejo de Estado. Sentencia del 3 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa.

473

Esta causal se encuentra consagrada en el numeral 3 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, en donde se establece que, son nulos los contratos del Estado cuando se hayan celebrado con abuso o desviación de poder. Es decir, aquellos negocios jurídicos que tengan un fin distinto al que debe procurar la administración.

La Procuradora argumentó que eso sucedió en este caso, en la medida que "... la única finalidad válida para la celebración del Contrato (sic) de Prestación de Servicios Profesionales 250 de 2006 y sus modificaciones, debía ser la razón de interés general que quedó plasmada en el Convenio Marco denominado Convenio de Desempeño suscrito entre CAPRECOM y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual eran bien conocida por las dos (2) partes en el Contrato, dado que se introdujo en su texto original, observándose que en el Otrosí de 2011 se actuó en contra de dicha finalidad inspirada en el interés general, **pues si bien se tuvo como motivación expresa, superar las dificultades que tenían las partes en la determinación de las utilidades de la operación de la Clínica, al desnaturalizar el Contrato de Prestación de Servicios, eliminando las cláusulas que instrumentaban el adecuado control y vigilancia sobre la actividad del administrador, que permitían una auténtica rendición de cuentas por parte del CONTRATISTA, se hizo evidente una finalidad subrepticia que desconoce los lineamientos establecidos en el Convenio de Desempeño para beneficiar económicamente al CONTRATISTA**, en la medida en que lo relevó de la obligación de mantener la Clínica en las mejores condiciones tecnológicas para evitar la obsolescencia de los equipos en orden a garantizar la óptima prestación de los servicios de salud, no obstante que se le autorizó apropiarse de la totalidad de las utilidades de la operación de la misma, a cambio del pago de una suma mensual fija que económicamente no resulta equivalente al 50% de las utilidades anuales que le hubiesen correspondido a CAPRECOM como participación, tal y como se concluye del dictámen pericial contable, con lo cual, CAPRECOM al suscribir el Otrosí de 2011 se desvió de la finalidad acorde con el interés general que debió motivarla al acordar cualquier modificación al Contrato 250 de 2011."

Sobre esta causal, el Tribunal recuerda que, "[l]a desviación de poder lleva al funcionario que realiza una gestión pública a alejarse de los fines que le ha impuesto el legislador a su actuación para conseguir otros diferentes, en muchos casos ajenos a la Administración, afectando la transparencia que debe guiar la actuación. La desviación de poder es un vicio difícil de demostrar, por lo menos mediante la existencia de una prueba directa, pues el autor se cuidaría de su producción; ello sólo puede ser acreditado, por regla general, mediante la existencia de indicios que confluyan a llevar la convicción al juzgador sobre su existencia. El juez debe ir al campo mental del autor del acto, a determinar la verdadera intención que lo guio en su producción (...)"⁴.

En palabras del profesor Santofimio "... lo que predomina al producirse un acto viciado de esta manera es la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración. **De ahí que resulte lógico ubicar e identificar dicho oculto querer para poder, de manera satisfactoria, compararlo con la verdadera finalidad de servicio público, que es la que debe orientar toda actuación administrativa (...)**"⁵. Y, como lo expone el Consejo de Estado "(...) cuando se alega desviación de poder debe llevarse al Juez la **certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros**, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del

⁴ Palacio, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*. 7ma ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2014.

⁵ Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo - Contratación Indevida*. 2004, 1era ed. Vol. 4. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2004.

que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiese proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan. En otras palabras, cuando se alega desviación de poder como causal para pedir la nulidad de un acto administrativo y como consecuencia un eventual restablecimiento de derecho, **quien pretenda esa declaración está obligado a aportar tales pruebas que el Juez del conocimiento no tenga la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener el fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que se obtuviera como resultado una situación en un todo diversa a la que explícitamente busca la ley.**"⁶

Ahora bien, en este caso no existen elementos de prueba con esas condiciones para tener por configurada la desviación de poder. Y, ante esa ausencia probatoria, el Árbitro no podría declarar la nulidad absoluta sólo porque creyera que si hubiera acordado él, lo hubiera hecho de manera diferente, o por una valoración sobre si el contrato original era o no más favorable que el que resultó del otro sí.

En primer lugar, no existe en el expediente ninguna prueba directa sobre que las partes hubieran pretendido lo que la Procuradora dice. Tampoco sobre que Caprecom o sus funcionarios hubieran procurado favorecer a la contratista de manera irregular.

En segundo término, tampoco hay ninguna serie de indicios que lleven al Tribunal a creer que las partes tuvieron la intención distorsionada y reprochable que argumenta el Ministerio. Al contrario, en las consideraciones de la modificación que nos ocupa se resaltó que "[e]n el referido contrato se acordó que CAPRECOM y el CONTRATISTA tendrían participación equivalente al 50% de los excedentes de la administración de la clínica (...) Que durante la ejecución del contrato se ha encontrado que la forma y el procedimiento para establecer la suma que debe el CONTRATISTA cancelar a CAPRECOM ha resultado dispendiosa y ha generado la necesidad de utilizar un gran esfuerzo administrativo y financiero. Así mismo, los excedentes de la Administración de la Clínica no han permitido a CAPRECOM percibir una contraprestación que permita recuperar la inversión efectuada (...) Que es necesario que las partes acuerden un instrumento que permita determinar en forma expedita la remuneración que debe recibir CAPRECOM (...) Que CAPRECOM junto con la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA han realizado múltiples reuniones previas en las cuales se determinó la conveniencia, oportunidad y necesidad de realizar el presente otrosí; de tal manera que dichas reuniones sustentan la celebración del mismo, sin afectar, ni modificar la esencia del contrato principal."⁷

Las declaraciones que se recibieron durante el procedimiento fueron consistentes en que lo que se buscó con el cambio, en lo que hace referencia al punto de los excedentes o remuneración, que fue el objeto principal de la controversia arbitral, fue facilitar la determinación de lo que le correspondería a la entidad estatal. De ello dan cuenta los testimonios que se pasa a citar:

i) El testimonio de Orlando Carvajal Calderón: "Cuando me desempeñé como subdirector jurídico tuve en el ejercicio de mis funciones por requerimiento del entonces director general de CAPRECOM el doctor Mario Andrés Urán, que ver con el tema contractual y debo decir para contextualizar que el director de ese entonces doctor Urán, me manifestó que se estaba teniendo mucha dificultad para establecer la remuneración que debía reconocer la Fundación Cardiovascular a CAPRECOM en virtud del contrato suscrito con la misma y cuyo objeto consistía en la operación que hacía la Fundación Cardiovascular de la

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 31 de agosto de 1988. MP. Clara Forero de Castro.

⁷ Clausulas segunda a quinta del otrosí al contrato No. 250.

clínica nuestra en Santa Marta. Entonces me manifestó, me dio unas directrices, dentro de las directrices que me indicó estaban las de estudiar la posibilidad de hacerle un otrosí al contrato para que se estipulara en ese otrosí y que quedara en el mismo una remuneración fija por cuando la dificultad que se estaba teniendo era que como estaba redactado el contrato no era claro cómo eran los excedentes financieros, si bien estaba estipulado el porcentaje si mal no recuerdo, no estaba establecido en el contrato suscrito con la Fundación la forma para establecer esos excedentes financieros" (...) Básicamente en que no hubiera ninguna duda y establecer una suma fija de remuneración (...) Finalmente después de las reuniones se tuvo en cuenta el avalúo de la clínica, entonces por intermedio de ese avalúo se tasó una suma fija que si mi memoria no me falla está por el orden de los \$1105, \$104 millones (...) En el entendimiento mío la reemplazaba, porque el objeto del otrosí era que en el adelante no hubiera ninguna dificultad (...) Lo que reitero y he reiterado durante la presente diligencia, es que el principal motivo, motivación que se tuvo para hacerle el otrosí al contrato inicialmente suscrito entre CAPRECOM y la Fundación era la dificultad que había para la tasación de la fijación debía pagar a CAPRECOM y eso con el otrosí, el espíritu digamos del otrosí fue zanjar esa discusión que se quedara en una suma fija como quedó acá, la cláusula séptima del contrato quedará así, el valor del contrato, el valor mensual que el contratista cancelará será la suma de \$105 millones acá está la suma exacta, digamos esa fue y esta que toda la discusión con antelación a la suscripción del otrosí y la posterior suscripción del mismo fue esa, que CAPRECOM, los funcionarios de la subdirección IPS, los funcionarios de la Fundación, qué discusiones, que la forma de contabilidad, que usted no me cruce estas cuentas, que usted me hace esto, que el flujo de caja, que la unidad de caja, esas fueron siempre las discusiones y por eso nunca la Fundación pudo dar una suma determinada, porque la tasación de la misma no era posible en el sentido de que había una disparidad de criterios".

ii) El testimonio de Heriberto Pimiento Patiño: "Porque la gerencia me encargó de esto, entonces eso fue lo que se dijo, **entrar a dialogar, porque el contrato estaba plenamente vigente en ese momento, obviamente no para cambiar el asunto del contrato, sino para modificar las condiciones de lo que recibía CAPRECOM, de los excedentes y demás si había algo que le diera un poco más de ventaja, ventaja no, un poco más de entrada económica a CAPRECOM** que en ese momento tenía grandes necesidades y como siempre lo estuvo por efectos de que la liquidez era muy poca (...) Comenzamos a analizar la cláusula como tal, buscando que hubiera un mejor ingreso para CAPRECOM, a fines del año 2010, la Fundación nos dijo **mire hagamos una cosa, pidamos una valoración del edificio del edificio como tal al Instituto Agustín Codazzi y sobre eso pensamos en el 1% del valor como una retribución a CAPRECOM, pero obviamente quitamos la cláusula del 50% de las utilidades y entramos a un monto fijo mensual y miramos para qué se va a destinar, ya CAPRECOM decide para qué lo destina, un monto fijo que nos interesaba muchísimo porque la otra de paso las utilidades se liquidaban por año, por operación año y no por operación mensual. Entramos a un pago, miremos eso y miremos un elemento que nos permita objetividad en la oferta que se haga para que CAPRECOM quede contento, de hecho pidieron la valoración, se hizo la valoración y eso permitió que la Fundación nos hiciera una oferta clara un poco más de \$100 millones mensuales ingresarían ya en forma fija para CAPRECOM y que obviamente para CAPRECOM sería muchísimo más representativo que unas utilidades al final de año con un 50% que implicaba de paso un trabajo mucho más dispendioso por parte de CAPRECOM que destinaba siempre unos equipos humanos que valían bastante para desplazarlos, para revisar toda la parte financiera, hacer todo el análisis y llegar a un consenso de cuál era la utilidad del año**".

iii) El interrogatorio de parte de Víctor Raúl Castillo: i) "Por supuesto y yo fui el que motivé como representante legal las diferentes reuniones con CAPRECOM, **enviamos documentación como le comento que veía aquí, donde propusimos inicialmente un cambio que fue aceptado por**

CAPRECOM donde nos dijeron vea estamos de acuerdo hay mucha dificultad administrativa en poder liquidar ese contrato porque los operativos de CAPRECOM tenían un criterio y nosotros teníamos otro y era imposible llegar a un acuerdo, a pesar de que nosotros íbamos a pagar casi ocho veces más lo que habíamos liquidado previamente para CAPRECOM que se liquidaron y se compraron unos equipos tal como rezaba el documento, en esa imposibilidad hicimos la propuesta que fue aceptada por CAPRECOM y se firmó el otrosí para poder corregir esa dificultad que era esencialmente poder tener una administración mucho más tranquila, era mucho más fácil pagar una fija mensual la compensación correspondiente a CAPRECOM que era mucho más de lo que le estábamos pagando" subraya fuera de texto; ii) "Entonces en ese articulado en el mismo otrosí desaparecen todas las obligaciones de presentar información financiera que CAPRECOM lo entendió así y nunca nos volvió a solicitar la presentación de dichos documentos, entonces eso por más de tres años que estuvimos pagando esa compensación fija CAPRECOM lo aceptó, nunca volvió a pedir eso y en otro comité paritario lo refiere como tal" subraya fuera de texto; iii) CAPRECOM en el comité paritario y la aceptación más fácil, más sencilla es que durante tres años después, antes de que abriera la Contraloría con ese hallazgo, CAPRECOM nunca solicitó un informe financiero, nunca solicitó que se le pagara la compensación variable porque además no tenía lógica, el contrato original dice que de los excedentes el 50% iba para CAPRECOM a reinvertirse en la Clínica y el 50% era para la caja de la Fundación para su propia operación" subraya fuera de texto.

Además de lo anterior, si bien se evidencia un cambio en la forma en que se remuneraría, ante la total ausencia de indicios sobre un ánimo torcido, ello no implica que quienes participaron en esta conducta hubieran tenido como fin el favorecimiento de los intereses particulares.

Así las cosas, respecto de tener una motivación diferente en busca de beneficios personales, se encuentra que no existe ningún elemento de prueba que pueda llevar a concluir que las partes de este contrato tenían un interés perverso. Lo que se encuentra demostrado en este expediente es que las partes celebraron el otrosí para resolver las dificultades que se venían presentando a la hora de determinar los excedentes.

En lo que hace a la eliminación de algunas previsiones sobre el examen de los estados financieros, no es correcto que se hubiera cercenado la capacidad de Caprecom de vigilar el actuar del contratista. Esos poderes provienen de la ley y siempre los mantuvo. Asunto diferente es que, al haberse cambiado la forma de remuneración ya no fuera necesario que esa entidad pública escrutinara esos reportes para analizar y corroborar su parte de los excedentes, por la sencilla razón que no tendría un porcentaje de éstos, sino una suma fija cada mes.

Finalmente, en gracia de discusión, las posibles desviaciones entre lo que se previó en el Convenio⁸ y lo que se pactó no apuntan a que hubiera existido ese motivo oculto y perverso:

⁸ "Dentro de los seis (6) meses siguientes a la firma del presente CONVENIO DE DESEMPEÑO, seleccionar, contratar y entregar, protegiendo de la mejor manera los intereses de CAPRECOM, la **administración autónoma e independiente de las Clínicas** Enrique de la Vega de Cartagena y José María Campo Serrano de Santa Marta, por un período inicial de cinco (5) años, con entidades de derecho privado sin ánimo de lucro o entidades de derecho público que cuenten con reconocida experiencia e idoneidad en la organización u operación de clínicas u hospitales, propias o de terceros, que **garanticen en las mencionadas clínicas una operación eficiente a partir de la plena utilización de los activos disponibles**, cumpliendo además con los estándares de calidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, todo lo cual debe permitir el cumplimiento de la garantía constitucional de la prestación de los servicios de salud. Para los efectos del presente numeral, CAPRECOM deberá **establecer en los contratos que celebre para la administración de las Clínicas, un esquema que**

Lo previsto en el numeral sexto de la cláusula segunda del Convenio, como obligación de CAPRECOM	Lo pactado en el contrato y el Otrosí
Seleccionar, contratar y entregar, protegiendo de la mejor manera los intereses de CAPRECOM, la administración autónoma e independiente de las Clínicas Henrique de la Vega de Cartagena y José María Campo Serrano de Santa Marta,	Se surtió el proceso de selección y contratación, entregándose la Clínica a la Fundación Cardiovascular con total independencia administrativa. Así se pactó en la cláusula tercera ⁹ del contrato No. 250, la cual no fue modificada por el otrosí.
Por un periodo inicial de cinco (5) años,	En la cláusula cuarta del contrato No. 250 se señala que "[e]l término del presente contrato será de cinco (5) años, contados a partir de la entrega de la Clínica, previa firma del acta de iniciación y aprobación de la garantía única." Esto no fue objeto de modificación por parte del otrosí.
Con entidades de derecho privado sin ánimo de lucro o entidades de derecho público que cuenten con reconocida experiencia e idoneidad en la organización u operación de clínicas u hospitales, propias o de terceros	Que la Fundación Cardiovascular es una entidad sin ánimo de lucro de acuerdo a la certificación expedida por el Líder de Programa del Grupo de acreditación en salud y SOGC de la Gobernación de Santander. La Fundación cuenta con una reconocida experiencia. Así lo explico el señor Raúl Castillo en su interrogatorio ¹⁰ .

determine algún tipo de compensación económica para CAPRECOM, por la entrega en administración de las Clínicas Henrique de la Vega de Cartagena y José María Campo Serrano de Santa Marta, que incluya la obligación al contratista de administraras de manera eficiente, buscando la generación de excedentes entendidos como la diferencia entre los ingresos totales generados y los gastos operacionales. También deberá establecer la obligación al contratista de adoptar las medidas que garanticen el adecuado mantenimiento de la totalidad de los activos y la operación y funcionamiento de las clínicas. Los contratos deberán establecer que CAPRECOM se obliga a utilizar prioritariamente los excedentes que contractualmente le correspondan para la modernización de equipos y la apertura de nuevos servicios en dichas Clínicas. Igualmente, deberá estipularse que CAPRECOM podrá destinar los excedentes, en caso de ser necesario, al pago de las cuotas anuales del CRÉDITO DE PRESUPUESTO, y en su defecto, a la amortización del pasivo pensional de CAPRECOM, una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y apertura de nuevos servicios en las clínicas antes mencionadas". (subraya fuera de texto)

⁹ "TERCERA. OBJETO:

El objeto del presente contrato es la prestación de servicios profesionales por parte de EL CONTRATISTA para la administración de la Clínica denominada hoy JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la ciudad de Santa Marta, para que sin representación de CAPRECOM y sin capacidad de comprometerlo de ninguna manera, bajo su exclusiva dirección y responsabilidad, con toda autonomía administrativa y actuando a su nombre en todos los casos."

¹⁰ "Entonces en ese momento el Gobierno en manos del doctor Palacios y el doctor Uribe presidente de la República, toma la decisión de invitar a unos operadores privados a que participaran en la licitación que fueran idóneos, que fueron fundaciones como dice el contrato originalmente para que prestáramos el servicio de poder mantener las clínicas abiertas.

En esas condiciones la Fundación bajo un criterio de responsabilidad social empresarial al llamado del Ministro de Salud, a pesar de que el Hospital era una real pocilga tenemos los documentos, las fotos, tenía 25 camas habilitadas de 150 que tenía capacidad, pero que los pacientes tenían que llevar la comida en portas, tenían que llevar las sábanas y tenían que comprar los medicamentos en un carro, una zorra que tenemos las fotografías y los videos de cómo era que funcionaba, el señor que vendía mango biche en Santa Marta dejó de vender mango biche porque era mejor negocio vender medicamentos al rayo de sol y el hospital no funcionaba, eran 25 camas que era lo único que había en Santa Marta.

Que garanticen en las mencionadas clínicas una operación eficiente a partir de la plena utilización de los activos disponibles	En el literal j del numeral quinto del contrato se establece que la Fundación deberá “[p]lanificar, organizar, ejercer y controlar en forma completa las funciones de gestión administrativa para optimizar los recursos de mercadeo y comercialización que generen demanda necesaria para obtener la mayor utilización posible de las instalaciones y servicios de la Clínica.” Este literal fue reproducido en el otrosí.
Cumpliendo los estándares de calidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud	En el clausulado del contrato se encuentra como obligaciones de la Fundación: “t. Cumplir con los diferentes niveles del componente de auditoria para el mejoramiento de la calidad, según lo establecido en el decreto 1011 de 2006 o en las normas que lo modifiquen, adicionales o complementen. u. Establecer un Sistema de Gestión de Calidad que permita el desarrollo de actividades para el mejoramiento, con miras a la acreditación de la clínica o a la certificación de sus procesos.” En el otrosí se reproducen los literal t y u del contrato original.
Establecer en los contratos que celebre para la administración de las Clínicas, un esquema que determine algún tipo de compensación económica para CAPRECOM, por la entrega en administración de las Clínicas que incluya la obligación al contratista de administrarlas de manera eficiente, buscando la generación de excedentes entendidos como la diferencia entre los ingresos totales generados y los gastos operacionales.	En la cláusula 7.2 del contrato se establece que “[l]os excedentes de la administración de la Clínica se liquidarán para cada año fiscal y se distribuirán entre EL CONTRATISTA y CAPRECOM, así: 50% con destino a CAPRECOM y 50% con destino a EL CONTRATISTA.” En la cláusula quinta del otrosí –modifica la cláusula séptima del contrato, se determina que “[e]l valor mensual que el CONTRATISTA cancelará a CAPRECOM, será la suma de Ciento Cinco Millones de pesos (\$105.000.000.00).”
Establecer la obligación al contratista de adoptar las medidas que garanticen el adecuado mantenimiento de la totalidad de los activos y la operación y funcionamiento de las clínicas	El literal e de la cláusula quinta del contrato, establece que la Fundación deberá “[c]onservar en buen estado, ejercer cuidado y hacer mantenimiento vigilancia y reposición sobre los activos que se le entregan y ejecutar dentro de los gastos de la operación todo lo necesario que permita que los activos permanezcan integrados y

Bajo nuestro criterio de responsabilidad empresarial decidimos que íbamos a ayudar en ese momento al país, por esa razón el Gobierno a través de CAPRECOM, porque es que las clínicas no eran de CAPRECOM como vehículo para poder sostener y montar una operación que le permitiera mejorar la atención de Santa Marta, paralelo Cartagena igual, decidió sacar en diciembre la licitación.

Competimos tres entidades una de las cuales era Asecoop, la otra no recuerdo y nosotros obviamente por experiencia y por reconocimiento, por capacidad económica, nos lo asignaron.”

479

	<p>en perfecto estado de funcionamiento, durante la vigencia del contrato."</p> <p>Por su parte la cláusula tercera del otrosí –modifica el numeral quinto del contrato original, la Fundación, deberá "[c]onservar en buen estado, ejerce cuidado y hacer mantenimiento y vigilancia sobre los activos que se le entreguen y ejecutar dentro de los datos de la operación todo lo necesario que permita que los activos permanezcan integrados y en perfecto estado de funcionamiento, durante la vigencia del contrato".</p>
<p>Establecer que CAPRECOM se obliga a utilizar prioritariamente los excedentes que contractualmente le correspondan para la modernización de equipos y la apertura de nuevos servicios en dichas Clínicas</p>	<p>En la cláusula 7.3 del contrato: "La parte de los excedentes que le corresponde a EL CONTRATISTA compensará su gestión y por tanto será de su libre disposición, atendiendo su objeto social, mientras que los excedentes de CAPRECOM se destinarán, prioritariamente, para la modernización de equipos y apertura de la clínica."</p> <p>El literal Cuarto del otrosí – modifica la cláusula séptima del contrato original, reza así:</p> <p>"7.3 DESTINACIÓN: Los excedentes que le corresponden a EL CONTRATISTA serán de su libre disposición, atendiendo su objeto social; mientras que las contraprestaciones que recibe CAPRECOM se destinarán para el pago de la prestación de servicios de salud para los usuarios afiliados a CAPRECOM, para la modernización de equipos y para la apertura de servicios en la CLINICA".</p>
<p>Estipular que CAPRECOM podrá destinar los excedentes, en caso de ser necesario, al pago de las cuotas anuales del CRÉDITO DE PRESUPUESTO, y en su defecto, a la amortización del pasivo pensional de CAPRECOM, una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y apertura de nuevos servicios en las clínicas antes mencionadas</p>	<p>En el contrato: "En caso de que alguna de las cuotas anuales del crédito condonable que le otorga la Nación a CAPRECOM para el fortalecimiento de sus IPS, sea definida como no condonable por causas imputables a CAPRECOM, podrá destinar los excedentes, en caso de ser necesario, al pago de las cuotas anuales del CRÉDITO DE PRESUPUESTO una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y apertura de nuevos servicios antes mencionados. Para ello, CAPRECOM le comunicará a EL CONTRATISTA dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informe de tal situación".</p> <p>En el otrosí, no se establece esta obligación. Sin</p>

	embargo, debe resaltarse que en este caso, se utilizan las expresiones "podrá" y "en caso de ser necesario". Lo que permite concluir que no se trataba de una camisa de fuerza, de una obligación que se debía cumplir en esos términos. Sino que, se trataba de una prerrogativa.
--	--

En conclusión, de la lectura de los apartes del Convenio celebrado con el Ministerio, y de los negocios jurídicos celebrados con la Fundación no se encuentra que con el Otro si Caprecom se hubiese desviado de esos puntos de una manera tan severa que lleve a creer que ello obedeció a una intención torcida que implique una desviación de poder.

2.3.2 Causa Ilícita

En el código civil, artículo 1741 se instituye que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, son nulidades absolutas. En el artículo 1524 de la mencionada normatividad se define causa ilícita como la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

De esto se infiere que, la legislación impone que los contratos que se celebren deben tener una causa lícita, "(...) lo que supone varias apreciaciones. En primer término, los efectos inmediatos buscados por los contratantes, es decir, las prestaciones que surgen del acto que en su conjunto componen el objeto jurídico del contrato deben tener contenido lícito. En segundo término, los fines últimos del acto también deben corresponder a un objetivo lícito; cuando las prestaciones pactadas son ilícitas, la causa es necesariamente ilegítima, pero puede ser ese objeto lícito y perseguir un fin contrario a la ley, lo que conduce también a la causa ilícita. Por este motivo se dice que cuando el objeto jurídico es ilícito, la causa siempre lo será, pero al contrario, la causa ilícita no necesariamente supone prestaciones contrarias a la ley."¹¹

La Procuradora alegó que se habría dado este evento, en la medida que considera que "[e]l representante legal de CAPRECOM al acordar y suscribir el Otrosí de 2011, estaba obligado a respetar y hacer efectiva la motivación o causa acorde con el interés general que llevó a la celebración del Contrato 250 de 2011, establecida en el Convenio de Desempeño suscrito con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, razón por la cual, **cualquier motivación diferente que desconociera la finalidad de dicho Contrato**, configura una causa ilícita o prohibida por el ordenamiento jurídico para el caso específico". Es decir, que para la representante del Ministerio Público existe causa ilícita en razón a que el representante legal de Caprecom no tuvo en cuenta lo dispuesto en el Convenio celebrado con el Ministerio.

La representante del Ministerio Público no precisa el soporte probatorio que la convence del otro motivo que ella cree que atendió el representante legal de Caprecom.

Frente a lo anterior, el Tribunal no encuentra elementos que sustenten lo dicho por la Procuradora y como se concluyó al hacer estudio comparativo entre lo establecido en el Convenio y lo pactado por Caprecom y La Fundación, no se encuentra que la manera como en el otro sí se tuvieron en cuenta los términos

¹¹ Alonso Paredes Hernández, "Ineficacia del acto jurídico," en *Derecho de las Obligaciones*, 1era ed., vol. 1 (Bogotá: Universidad de los Andes - Editorial Temis, 2009), 562.

exigidos por el Ministerio de Hacienda pueda ser el sustento para declarar la nulidad absoluta de esa modificación del contrato original.

2.3.3 Celebrados contra expresa prohibición

En el numeral 2 del artículo 44 del estatuto de contratación estatal se sanciona con nulidad aquellos contratos que se hayan celebrado contra expresa prohibición legal o constitucional. Tanto la doctrina¹² como la jurisprudencia han aclarado que esta causal procede cuando el legislador ha vedado al Estado celebrar determinado contrato.

Así el Consejo de Estado explicó que, “a propósito del alcance de esta causal de nulidad, que ella se aplica cuando el ordenamiento jurídico haya prohibido expresamente la celebración de determinados tipos contractuales, o el pacto de ciertas cláusulas, o que determinados contenidos de un contrato lícito no los pueda pactar el Estado, como proscripción general o especial; **pero la causal no comprende, como lo entiende el Tribunal, cualquier violación al ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, habría que concluir que ella comprende todos los demás**” (resalté).¹³

Ahora, más allá de la discusión sobre la naturaleza jurídica del Convenio Interadministrativo, de cara a que la prohibición que lleve a la nulidad debe estar en una norma de rango material de ley, lo cierto es que en ese acto no se proscribió ningún tipo de contrato, ni se vetó a la administración de Caprecom que acudiera a ninguna figura contractual en particular. Tampoco se previó allí cual sería el contrato que se debería celebrar. El Convenio se limitó a enunciar los objetivos que se deberían procurar al contratar, las características del contratista y algunas condiciones que deberían pactarse.

En ese orden de ideas, no sería posible, desde la óptica del derecho, concluir que ese Convenio sea la fuente de la restricción que, si se hubiera contravenido, habría causado la nulidad que analizamos.

Con todo, para excederse en cuidado, el Tribunal estudiará las normas que la Procuradora alegó como configurativas de la causal de nulidad del numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993 y, en la medida que el Tribunal no encontró que en ninguna de ellas se prohíba la celebración de ningún contrato u operación, no será necesario detallar si cada disposición se observó.

2.3.3.1 Violación del artículo 3 y del numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993

Un punto traído por la Procuradora para pedir que se declare la nulidad, es la violación del artículo 3^o¹⁴ y

¹² La doctrina esclarece que, “(...) realmente la causal se refiere a los contratos expresamente prohibidos por la ley. En la legislación se encuentran algunos casos en los cuales directamente se prohíbe la celebración del contrato y que correspondería en forma más concreta a esta causal. Por ejemplo: Es nulo el contrato de fiducia celebrado sin la previa autorización o el encargo fiduciario celebrado con corporación distinta a las autorizadas expresamente por la Superbancaria (...). Entonces la expresa prohibición legal de celebración de un contrato para incurrir en la causal de nulidad absoluta analizada no se refiere a la simple violación a transgresión de normas superiores, sino cuando el legislador o el constituyente prohibieron que un determinado contrato fuera celebrado.” Palacio, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*. 7ma ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2014, 695.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2007. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

¹⁴ “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

del numeral 8º¹⁵ del artículo 4º, ambos de la ley 80 de 1993. En su opinión ello sería así, en la medida que la celebración del otrosí: (i) benefició económicamente a la Fundación al liberarlo de la obligación de mantener la unidad hospitalaria en óptimas condiciones tecnológicas en orden a garantizar la óptima prestación de los servicios de salud en la zona donde se encuentra; (ii) permitió a la Fundación apropiarse de la totalidad de los excedentes a cambio de una suma fija mensual distante al 50% de los excedentes; (iii) se rompió el equilibrio de la ecuación económica del contrato; y (iv) existía una "clara e intencional violación de la norma", esto es el artículo 3º y el numeral 8º del artículo 4º de la ley 80 de 1993.

Respecto de lo anterior explicaremos que el supuesto planteado no causaría la nulidad y se precisa, además, que lo que se argumenta no sucedió:

(i) Respecto de que hubiera habido un beneficio económico para la Fundación al liberarla de mantener la unidad hospitalaria en óptimas condiciones:

(a) El supuesto planteado no causaría la nulidad

El hecho de que se haya liberado a la Fundación de mantener la clínica en óptimas condiciones tecnológicas no configura esta causal, pues se repite, ésta hace únicamente referencia a aquellas disposiciones en las que se prohíbe expresamente la celebración del contrato en determinadas condiciones. Y no se encuentra norma que imposibilite al Estado a celebrar un contrato en donde haga entrega de una clínica y deba ordenarle al contratista mantenerla en óptimas condiciones tecnológicas so pena de nulidad.

(b) Lo que se argumenta no sucedió

De todas formas, a pesar de que exonerar al contratista de mantener la clínica en óptimas condiciones tecnológicas no constituye una causal de nulidad, ello no sucedió, pues en el otrosí existen varias cláusulas en donde la Fundación se compromete a mantener estándares de habilitación tecnológica, de las cuales se resaltan: El literal (q) del numeral 3º del otrosí al contrato 250: "Cumplir todos los estándares de habilitación de capacidad tecnológica y científica, suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, establecidos por la Resolución 1043 de 2006 o por la normatividad que la modifique, adicione o complemente"; El literal (t) del numeral tercero del otrosí al contrato No. 250: "Cumplir con los diferentes niveles del componente de auditoria para el mejoramiento de la calidad, según lo establecido en el Decreto 1011 de 2006 o en las normas que lo modifiquen, adicione o complemente"; El literal (u) del numeral tercero del otrosí al contrato 250: "Establecer un Sistema de Gestión de Calidad que permita el desarrollo de actividades para el mejoramiento con miras a la acreditación de la clínica o a la certificación de sus procesos"; Y, el numeral 7.3 del otrosí al contrato 250: "... las contraprestaciones que recibe CAPRECOM se destinarán para el pago de la prestación de servicios de salud para los usuarios afiliados a CAPRECOM, para la modernización de equipos y para la apertura de servicios en la clínica".

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

¹⁵ "8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución".

(ii) Frente a que se permitió a la Fundación, apropiarse de la totalidad de los excedentes a cambio de una suma fija mensual distante al 50% de los excedentes:

(a) El supuesto planteado no causaría la nulidad ✓

El hecho de que se haya cambiado la remuneración no implica el desconocimiento de una norma de contratación que imposibilite que el estado pacte como contraprestación en contratos en donde se suponga la entrega de un bien, como es el presente, que la suma a pagar no pueda ser un valor fijo mensual.

El Consejo de Estado¹⁶, ha establecido que por regla las partes, al momento de celebrar un contrato conocen las condiciones del contrato y los beneficios que puedan presentarse, razón por la cual se obligan.

En el presente asunto, ya vimos que no fue posible encontrar que hubiera indicios creíbles de que se obró en interés personal y el cambio de remuneración no generó una situación tan claramente desfavorable para la administración, conforme se procederá a explicar en el siguiente numeral.

De manera resaltada debe notarse que una suma fija tiene para comenzar unas ventajas para la entidad estatal, consistentes en que no correrá ninguno de los riesgos propios de la operación de la IPS. Así, el albur de que se generen o no excedentes corre por cuenta exclusivamente del contratista que, con independencia de que le vaya bien, mal o regular, deberá pagar la suma fija.

En segundo lugar, en la misma dirección, Caprecom ya no debería incurrir en los costos y el trabajo de auditar la operación y sus registros para validar las cuentas que hiciera el operador del hospital.

Y, en lo que hace a lo que pasó, se nota que en el dictamen practicado en este proceso, la perito expuso que el valor percibido por Caprecom por concepto de la suma fija, desde agosto de 2011 a diciembre de 2016, fue \$ 7.970.888.800,00¹⁷ mientras que el valor que hubiera correspondido por concepto del 50% de los excedentes de 2011 a 2016 ascenderían a 5.432.978.524.¹⁸

De ese ejercicio elaborado por la auxiliar de la justicia, se observa que no es claro que a Caprecom le hubiera resultado mucho más beneficioso haberse mantenido con el sistema de los excedentes.

(iii) Sobre el desequilibrio financiero

(a) El supuesto planteado no causaría la nulidad

La figura de la ecuación financiera del contrato, consiste en que “[l]as partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un

¹⁶ “Al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011. C.P. Ruth Stella Correa).

¹⁷ Página 18 de las aclaraciones al dictamen pericial.

¹⁸ Página 13 de las aclaraciones al dictamen pericial

equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución. De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*, ha manifestado que **ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento**, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas" (resalté).¹⁹

Aunque el equilibrio del contrato²⁰ en principio se consagró únicamente para el contratista, se fue ampliando al punto que la ley 80 de 1993 añadió tal prerrogativa a favor de la administración. Así, se crearon figuras para recuperar ese equilibrio financiero, pero, por ello mismo, es evidente que su ruptura nunca implica la nulidad del contrato, sino, en caso de darse las condiciones para ello, la necesidad de estabilizar las cargas de los contratantes.

Por otro lado, de los hechos generadores del desequilibrio, no se encuentra la hipótesis presentada por la representante del Ministerio Público. Pues, en lo que tiene que ver con el otro sí, voluntariamente tanto el contratista como el contratante decidieron cambiar la forma de remuneración, sin que encaje entonces en la figura del desequilibrio contractual, ya que no se presentó como consecuencia de: i) incumplimiento de Caprecom o una modificación unilateral hecha por esta; ii) no existió una manifestación del estado que generara una consecuencia gravosa o desequilibrara del contrato; iii) factores ajenos a la voluntad de las partes.

iv) "Existía una clara e intencional violación de la norma"

(a) El supuesto planteado no causaría la nulidad

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011. C.P. Ruth Stella Correa

²⁰ "La ecuación económica del contrato es un concepto que va ligado a que el contratista reciba, en todos los eventos en que por alguna circunstancia ajena a su voluntad se resquebraje la contraprestación económica que lo llevó a obligarse con la Entidad, una compensación o indemnización que le reestablezca su interés. Tal es la orientación inicial, concepción que finalmente incluyó como beneficiaria de la misma a la Entidad pública, en los eventos en que puede predicarse a su favor.

(...)

Esta concepción del profesor argentino, expresa con gran precisión el alcance de la obligación de restablecer el equilibrio financiero, pues, en principio, ello ocurriría, por: a) todos los hechos que sean imputables a la entidad y que produzcan el desequilibrio ya sea por conductas anticontractuales o por el ejercicio legítimo de sus potestades, b) por hechos no imputables a la Entidad, cuando el contrato o la ley ordene su restablecimiento y c) por la ocurrencia de un fenómeno constitutivo de la imprevisión.

(...)

El equilibrio financiero del contrato se fundamenta en la igualdad o equivalencia de las prestaciones que asumen las partes al momento inicial de la relación, equivalencia que, a no dudarlo, puede romperse en contra de la Entidad. Como se expresó, las fórmulas de reajuste benefician a ambas partes; pero no existía ninguna previsión que permitiera a la Entidad solicitar también el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato a su favor. La ley 80 de 1993, trajo esta innovación al señalar, no solamente como un derecho de la Entidad sino como una obligación, el que deba solicitar su restablecimiento, ante la presencia de hechos que la descompongan" (Palacio, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*. 7ma ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2014, 591, 592, 609.

La mala fe, en ausencia de ilicitud no genera nulidad. Como ya se expresó en líneas arriba, no se acreditó la violación de alguna norma que implicara la nulidad del contrato. Razón por la cual, la intencionalidad clara y contundente de violar la norma, sin que trascienda en el mundo real y genere una ilegalidad, no resulta suficiente para aniquilar los efectos del negocio jurídico.

(b) Lo que se argumenta, no se acreditó

Por otro lado, como se ha expresado con anterioridad en este laudo, la intencionalidad contraria a la buena fe o la ley no puede ser presumida por el fallador, sino que requiere de una prueba que tengan ciertas características o de un grupo de pruebas que lleven al árbitro a un grado tal de certeza que pueda tener por demostrado tal propósito.

Para esto, resulta de gran relevancia traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en desarrollo del artículo 83²¹ de la Constitución:

“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”²².

En este caso, se insiste, no se encuentra, ni de cerca acreditado que las partes hayan actuado de mala fe, persiguiendo fines perversos, o violando la ley intencionalmente.

2.3.2.3 Violación de los principios de transparencia responsabilidad y planeación

La Procuradora aduce que se violaron los artículos 23, 24, numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011, el artículo el artículo 4º de la ley 1150 de 2007, el artículo 74 de la ley 1447 de 2011 en razón a que “[l]as partes desnaturalizaron el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, cambiando de hecho su objeto, sin la formalidad de elevarlo a escrito, pues en apariencia formalmente conservó el objeto inicial, **pero sustancialmente se está ejecutando un contrato diferente (...)** La novación del Contrato de Prestación de Servicios en un Contrato de arrendamiento debió estar precedida de un estudio sobre la necesidad a satisfacer, su viabilidad jurídica, económica y técnica, en cumplimiento del principio de planeación que rige la contratación estatal lo cual no se cumplió en el caso bajo examen”.

Para abordar el asunto se debe resolver si la desnaturalización del contrato conllevaría a su nulidad; y cuál fue la identidad de los cambios hechos al contrato 250.

(i) Cambio en los elementos esenciales

²¹ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1994.

En el artículo 1501 del código civil se establece que “[s]e distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato **aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente**; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales” (resalté).

Entiéndase entonces que, no siempre el cambio de las condiciones lleva a que lo acordado deje de producir efectos y, más allá, no toda modificación hecha al contrato implica la celebración de un nuevo tipo de negocio.

Dicho de otra manera, si se celebra un contrato que tiene 3 elementos esenciales y, en virtud del clausulado se pactan otros 20 elementos adicionales, si al final del día, por acuerdo de las partes, se eliminan o cambian esas 20 condiciones adicionales, pero permanecen los 3 elementos esenciales, el contrato seguirá siendo válido y continuará siendo el mismo.

Esta postura ha sido asumida por la jurisprudencia, al aclarar que, en el caso de las contrataciones estatales, solo habrá modificación del tipo contractual cuando se alteren elementos de la esencia.²³

Pero, cuando se cambian elementos esenciales del contrato, si es necesario que se celebre un nuevo negocio jurídico en cumplimiento de los principios de planeación de los contratos estatales.²⁴

Asimismo, se precisa que este Árbitro no es la autoridad disciplinaria de las partes al proceso, ni cuenta con los poderes que se precisarían. Este procedimiento no es el que se debe seguir para investigar si sucedieron o no anomalías presupuestales o penales. En este caso se debe fallar con base en las pruebas allegadas y sólo teniendo en cuenta los hechos que con esas pruebas se demuestran.

Analizado así lo que ocurrió en el caso puesto a consideración de este Árbitro, el otrosí no modificó la naturaleza del contrato 250.

²³ “Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de ‘(...) aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente’. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato” (Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 26 de enero de 2006. C.P. Darío Quiñones Pinilla)

²⁴ Sobre el particular, la Corte Constitucional al hacer un estudio juicioso del avance jurisprudencial del Consejo de Estado llega a la siguiente conclusión: “la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato; permitir lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.” (Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012).

El elemento consistente en que Caprecom recibiría una contraprestación como consecuencia de la entrega material de la Clínica a la Fundación se encuentra plasmado en el Convenio con el Ministerio de Hacienda, en el contrato 250 y en el otrosí y se cambió fue el procedimiento para su determinación. Para ajustar el contrato al nuevo sistema, era necesario que se eliminaran cláusulas que estaban atadas a los excedentes. Si se liberó al contratante de alguna obligación o si se varió el alcance de otra, ello no afectó la esencia de lo que inicialmente se había pactado. En particular, no se llega esa conclusión siguiendo lo comentado por el Ministerio Público:

Comentario del Ministerio Público respecto del cambio realizado	Observación
Se eliminó la obligación del contratista de reponer equipos para mantener la clínica en óptimas condiciones de funcionamiento; solamente asumió la obligación de mantenimiento de equipos y del inmueble.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Con todo, en la cláusula tercera del otrosí - modifica el numeral quinto del contrato original, se establece que la Fundación, deberá "[c]onservar en buen estado, ejerce cuidado y hacer mantenimiento y vigilancia sobre los activos que se le entreguen y ejecutar dentro de los datos de la operación todo lo necesario que permita que los activos permanezcan integrados y en perfecto estado de funcionamiento, durante la vigencia del contrato".</p>
Se eliminó la obligación que tenía el contratista de garantizar la separación contable y financiera de la clínica, de los demás bienes del contratista.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>La separación era necesaria en el otrosí ya que la remuneración correspondería al 50% de los excedentes. Así, la única forma de lograr determinar cuánto eran las ganancias de la clínica y no de toda la operación de la Fundación era por medio de esa separación.</p>
En el texto del contrato se hacía referencia a la naturaleza del mismo que era de prestación de servicios profesionales para la administración de la clínica, para resaltar que por voluntad de las partes los equipos que se entregaban al contratista serían repuestos por éste con cargo a los ingresos de la administración, mientras que en el otrosí se hace referencia a la naturaleza del contrato para resaltar que por voluntad de las partes, los equipos de propiedad de Caprecom que han sido entregados al contratista y que no cumplan con condiciones para su funcionamiento, se entregarán a Caprecom, para que disponga de ellos.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Este cambio, no implica que se haya cambiado el tipo de contrato en razón a que con el anterior contrato los bienes serían repuestos con cargo a los ingresos de la administración.</p>

480
488

Las decisiones que adopte el contratista en materia de adquisición de equipos ya no deben ser consultadas con Caprecom y como quiera que los excedentes de la operación son de libre disposición del contratista, los equipos que adquiriera ya no son de propiedad de Caprecom, sino del contratista.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Al cambiarse el tipo de remuneración por una suma fija, los excedentes o las pérdidas van a quedar para la Fundación, pues Caprecom reciba como contraprestación una suma fija.</p>
Las bajas de los activos que debían ser autorizadas por Caprecom, pasaron a ser simplemente informadas a ella.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>El cambio fue que antes debía autorizar y ahora debe informar, es un cambio que no afecta el ejercicio normal del contrato.</p>
Se eliminó el control presupuestal a través de sistemas de información adecuados.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>No es preciso que existiera un control presupuestal.</p> <p>Las facultades de la entidad contratante provienen de la ley.</p> <p>Como la contraprestación pasó de ser los excedentes a una suma fija, Caprecom no necesita vigilar el presupuesto pues sus ingresos no van a depender de la utilidad que deje el ejercicio.</p>
Se eliminó la obligación de tener en cuenta la forma como se detallan los gastos de operación, de para efectos pagar los impuestos que se generen en la prestación de los servicios que se presten en la clínica, así como los impuestos sobre los bienes que estén bajo el cuidado del contratista. Se eliminó el concepto de gastos de operación.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Se eliminó el concepto de gastos de operación, pero esas obligaciones siguen en cabeza del contratista.</p>
Se eliminó el concepto de ingresos de operación para efectos de realizar gastos.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Al cambiar la remuneración no se debe diferenciar los tipos de ingresos, porque todos van a ser para el contratista, debiendo girar los valores correspondientes a la contraprestación mensual a favor de Caprecom.</p>
Para el amparo del lucro cesante se eliminó la obligación de negociar una póliza que no resultara	Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.

<p>excesivamente costosa y como amparo adicional de otros seguros.</p>	<p>Como los ingresos generados repercutían directamente sobre Caprecom en el sistema de los excedentes. Al corresponderle al contratista la totalidad de los ingresos, es indiferente para Caprecom que la Fundación contrate una póliza costosa pues el perjudicado resulta siendo solamente este último.</p>
<p>Se suprimió la obligación para el contratista de presentar informes trimestrales sobre la ejecución del contrato y toda la documentación que soporte los ingresos, gastos de operación, gastos de apertura indemnización de modernización de la supervisor del contrato, o cuando éste los requiera. Los informes se redujeron a (i) un informe anual de mantenimiento a los activos de Caprecom (ii) un informe trimestral sobre las pólizas de seguros, (iii) un informe jurídico sobre demandas en contra de Caprecom con ocasión de la actividad de la FCV en su inmueble, (iii) un informe trimestral de indicadores de calidad. (iv) certificaciones trimestrales de habilitación de la clínica. (v) inventario anual de activos, pero se eliminó la obligación de rendir informes financieros y contables.</p>	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Se cambió el estilo de la cláusula, pero se encuentra que se le piden los siguientes informes, junto con sus periodos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Informe <u>anual</u> del mantenimiento efectuado a los activos de propiedad de CAPRECOM. 2. Certificación <u>trimestral</u> de vigencia de las Pólizas establecidas en el presente contrato. 3. Certificación <u>trimestral</u> donde se deje constancia, si los hubiere, de los procesos judiciales o demandas en contra de CAPRECOM con objeto de la actividad de la FCV en su inmueble. 4. Informe <u>trimestral</u> de los indicadores de calidad hospitalaria (producción, morbilidad, etc.) 5. <u>Trimestralmente</u> presentar las certificaciones de habilitación de la clínica. 6. Inventario <u>anual</u> de los activos de CAPRECOM con reporte de su estado y novedades. 7. Certificado <u>trimestral</u> emitido por la Revisoría Fiscal del CONTRATISTA que evidencia que se encuentra al día en el pago de los aportes fiscales y parafiscales. 8. Certificado <u>trimestral</u> emitido por la Revisoría Fiscal del CONTRATISTA que certifique que se encuentra al día en el pago del valor mensual de la contraprestación y el IMPUESTO DE TIMBRE.
<p>Se eliminó la obligación que tenía el contratista de entregar a CAPRECOM a la finalización del contrato, los bienes que adquiriera con cargo a los ingresos de la clínica.</p> <p>Se eliminaron las tarifas convenidas por las partes para la prestación de los servicios a los afiliados a CAPRECOM; estas tarifas serían establecidas en lo</p>	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Como consecuencia del cambio de remuneración, los ingresos totales de la Clínica pasaron a ser de la Fundación. Debiendo entregar a Caprecom el valor fijo mensual.</p>

sucesivo en el respectivo contrato de prestación de servicios que se suscriba entre Caprecom y el contratista para tales efectos.	
Se habilitó la utilización de los excedentes de Caprecom como capital de trabajo para el funcionamiento de la clínica.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>De acuerdo al cambio en la remuneración, ya no se puede hablar que se habilitó para utilizar los excedentes de Caprecom en razón a que este último dejó de recibir excedentes. Para pasar a una suma fija.</p>
Se eliminaron las obligaciones que el contratista había adquirido con CAPRECOM respecto de los trabajadores de la clínica.	Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios y de hecho, el cambio es más consistente con una relación de esa naturaleza.
Se eliminó la obligación del contratista de presentar anualmente a Caprecom el presupuesto de ingresos, costos y gastos de la siguiente anualidad y la proyección de los estados financieros básicos de acuerdo con la metodología que le indicara el supervisor del contrato. Se eliminó la obligación del contratista de responder al supervisor del contrato, sobre el presupuesto.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Antes del otrosí Caprecom tenía interés en cómo iba a ser el manejo financiero de la operación pues de ello dependían las utilidades que iba a recibir. Ahora, como se cambió el sistema, la forma en que la Fundación maneje los recursos no la afecta.</p>
Se eliminó la obligación de poner a disposición del supervisor del contrato los libros oficiales y demás documentos y soportes contables que éste requiera para el cumplimiento de sus funciones.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>En ese sentido la entidad continúa con los poderes que emanan de la ley.</p> <p>Se da como consecuencia de la eliminación del sistema de los excedentes. Pues en el contrato original, la única forma en que se pudiera determinar la parte que le correspondía a Caprecom era por medio de los documentos contables.</p>
Se eliminó la obligación del contratista de pagar anualmente el impuesto de timbre de acuerdo con el monto de los excedentes anuales que reportaba, y con recursos propios.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>En el literal (ff) del otrosí se establece la obligación del pago del timbre. Y en todo caso, el tema de quien paga el impuesto no desnaturaliza el contrato, pues no hace parte de los elementos esenciales.</p>

491

Se eliminó la obligación que tenía el contratista de solicitar autorización a Caprecom para acudir a recursos de crédito o cualquiera otra forma de financiación.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Es consecuencia lógica del cambio de remuneración, pues entre más créditos, menores los ingresos, y por lo tanto menos excedentes le correspondían a Caprecom. Ahora, con independencia de las obligaciones crediticias que tenga la Fundación, Caprecom recibirá la suma fija pactada.</p>
Se eliminó la obligación del contratista de utilizar los excedentes de Caprecom a más tardar el 30 de junio de cada anualidad, en la finalidad convenida, so pena de reconocerle a Caprecom intereses moratorios.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Es lógico, ya que se cambió el sistema de remuneración, y Caprecom no recibe excedentes, sino una suma fija mensual.</p>
Se eliminó la obligación del contratista de levantar ficha técnica de los equipos y mantenerla actualizada.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>En el literal (mm) del otrosí se establece como obligación de la Fundación: "Levantar una ficha técnica de los equipos de propiedad de CAPRECOM, manteniéndola actualizada con el mantenimiento, ajustes o adecuaciones que se le vaya realizando a tales equipos, debiendo en todo caso hacer entrega de la misma al finalizar el contrato.</p>
Se cambió el valor del contrato por la suma de ciento cinco millones de pesos m \$105.000.000 mensuales.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Corresponde al cambio del sistema de remuneración.</p>
Se mantuvo la distribución de los excedentes de la administración, 50% para Caprecom y 50% para el contratista. Se mantuvo también la disposición relacionada con las pérdidas, las cuales fueron asumidas en su integridad por el contratista.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>En el otrosí se pactó a favor de Caprecom una suma fija mensual, y no parte de los excedentes.</p>
Se eliminaron las disposiciones sobre la destinación de los excedentes que le correspondían a Caprecom para modernización de equipos, ampliación de servicios y eventualmente para cubrir las cuotas del crédito condonable que le otorgó la nación y para amortizar su pasivo pensional, así como la prohibición de ser utilizados como capital de trabajo.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>El literal Cuarto del otrosí – modifica la cláusula séptima del contrato original, reza así: "7.3 DESTINACIÓN: Los excedentes que le corresponden a EL CONTRATISTA serán de su libre disposición, atendiendo su objeto social; mientras que las contraprestaciones que recibe</p>

	CAPRECOM se destinarán para el pago de la prestación de servicios de salud para los usuarios afiliados a CAPRECOM, para la modernización de equipos y para la apertura de servicios en la CLINICA".
Para el funcionamiento de la clínica. Se dispuso que la contraprestación de Caprecom podría ser utilizada para modernización de equipos y apertura de servicios en la clínica. Adicionalmente se dispuso que los excedentes que le correspondían al contratista serían de su libre disposición, eliminándose la aclaración relacionada con que dicha participación era la compensación o contraprestación por su gestión.	Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios. Es cierto que se eliminó la expresión que eran su contraprestación, pero la eliminación de esta expresión no implica una mutación del contrato.
Se eliminó la finalidad altruista, no patrimonial exclusivamente, que tuvo la celebración del contrato 250 de 2006 original, cual era asegurar la prestación del servicio de salud en la región que corresponde a la clínica, para mejorar los servicios que se prestan a la comunidad y la preferencia de los afiliados de Caprecom en esa clínica y en las demás que opere el contratista.	Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios. La simple eliminación de esta "finalidad altruista" no implica la deformación del contrato, pues no se trataba de un elemento que lo estructurara, sino de la razón de celebración del contrato.
Se eliminó la obligación del contratista de registrar como ingreso propio solamente el 50% de los excedentes que le correspondían como contraprestación por su gestión, así como la obligación de manejar los excedentes que le correspondían a Caprecom, como un gasto con base en el contrato.	Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios. Al cambiar la destinación total de los excedentes, estos deben ser registrados como ingresos de la Fundación.
Darle a conocer a Caprecom los presupuestos anuales de operación e inversión, así como garantizarle su derecho a opinar sobre ellos y a sugerir los cambios que considerara pertinentes. la obligación del contratista de darle mantenimiento a los activos de Caprecom se limitó a simplemente sostenerlos en estado de funcionamiento.	Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios. Esto, tenía sentido cuando Caprecom participaba en los excedentes pues debía revisar que la Fundación hiciera un ejercicio financiero juicioso para que así pudiera percibir ganancias.
La obligación del contratista que tenía en virtud de la naturaleza del contrato, consistente en la reposición de equipos con cargo a los ingresos de la administración, se eliminó.	Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios. Esto, como consecuencia que los ingresos le corresponderán en su totalidad a la Fundación.
Como no habrá más reposición de equipos, se eliminó la obligación del contratista de obtener la aprobación expresa de Caprecom para estos efectos. Adicionalmente se dispuso que los nuevos equipos que se adquieran ya no serán de	Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios. Esto, como consecuencia del cambio de remuneración.

Caprecom.	
Se eliminó del derecho de inspección y vigilancia de Caprecom, el examen de libros y registros contables.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Se trata de una consecuencia lógica del cambio en el sistema de remuneración.</p>
Se eliminó el derecho del supervisor del contrato a realizar con base en los informes trimestrales del contratista, las comparaciones y análisis a que hubiere lugar y a citar a los representantes del contratista para que aclaren las dudas y presenten sus justificaciones frente a las desviaciones en relación con el presupuesto elaborado por el contratista.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Las facultades con que cuenta la entidad por virtud de la ley, siguen siendo.</p> <p>Esto, en razón a que la remuneración de Caprecom dependía del presupuesto, y de que se generaran ganancias.</p>
Dentro de las funciones asignadas al supervisor administrativo del contrato se eliminó el estudio del presupuesto de ingresos, costos y gastos que debía presentar el contratista y la sugerencia de ajustes al mismo.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Se trata de una consecuencia del cambio de remuneración pues ahora las ganancias de Caprecom no dependerán de las utilidades de la Clínica.</p>
También se eliminó la función de evaluar los informes presentados por el contratista sobre la ejecución del contrato.	<p>Este no es un elemento de la esencia de la prestación de servicios.</p> <p>Teniendo en cuenta que la utilidad era repartida entre los dos, Caprecom debía revisar que se hiciera una buena administración de los recursos.</p>

En definitiva, no existen cambios que puedan determinar que se modificó algún elemento esencial del contrato. Y, en todo caso, la sola modificación del contrato o una manera diferente de seguir lo pactado en el Convenio de Desempeño, no implica la migración de un tipo contractual a otro y menos que deje de producir efectos.

3 Sobre la demanda

3.1 Sobre el punto 1.1.1 Incumplimiento por requerir acceso a los estados financieros

3.1.1 Lo que se prevé en el contrato

En concordancia con lo previsto en el artículo 15 de la Constitución Política, en el artículo 61 y del código de comercio se previó la reserva de los papeles de los empresarios. Ello implica que, salvo el deber de depósito de los estados financieros para su publicidad, regulado a partir del artículo 41 de la ley 222 de 1995, los terceros sólo pueden acceder a esa documentación cuando estén facultados para ello, siguiendo

el procedimiento correspondiente y ejercicio de las funciones correspondientes o que, por acuerdo esa posibilidad se haya pactado.

Caprecom no cuenta con ese tipo de facultades. Pero, en el contrato 0250 de 2006, se habría pactado que la Fundación debía presentar el presupuesto de ingresos, costos y gastos, una proyección de los estados financieros básicos²⁵ y poner a disposición del supervisor del contrato los libros oficiales.²⁶

Sin embargo, mediante el otrosí al contrato 250, en la cláusula tercera, se modificó la cláusula quinta del contrato original y se limitaron los informes que deben ser entregados a Caprecom²⁷ y se eliminó la obligación de poner a disposición del supervisor del contrato los libros oficiales.

Obviamente esa supresión no puede entenderse aislada de las facultades que asisten a todas las entidades estatales para supervisar en adecuada manera la ejecución de sus contratos.

3.1.2 Lo que se acreditó

A pesar del cambio en las condiciones contractuales, en las comunicaciones del 11 de marzo de 2015²⁸, 21 de abril de 2015²⁹, 21 de julio de 2015³⁰, 6 de agosto de 2015³¹, 21 de agosto de 2015³² y en la

²⁵ Literal dd de la cláusula quinta del contrato: "Presentar anualmente, a más tardar el 31 de diciembre de cada año, el presupuesto de ingresos, costos y gastos de la siguiente anualidad, así como la proyección de los estados financieros básicos, de acuerdo con la metodología que para el efecto señale el supervisor del contrato. Para la anualidad de 2007, EL CONTRATISTA deberá presentar tanto el presupuesto como la proyección de los estados financieros básicos a más tardar el 28 de febrero de 2007."

²⁶ Literal gg de la cláusula quinta del contrato: "Poner a disposición del supervisor del contrato los libros oficiales y demás documentos y soportes contables que éste requiera para el cumplimiento de sus funciones."

²⁷ Literal o de la cláusula tercera del otrosí – por medio de la cual se modifica la cláusula quinta del contrato original:

"Presentar, durante la ejecución del contrato, los siguientes informes y documentos: 1. Informe anual del mantenimiento efectuado a los activos de propiedad de CAPRECOM. 2. Certificación trimestral de vigencia de las Pólizas establecidas en el presente contrato. 3. Certificación trimestral donde se deje constancia, si los hubiere, de los procesos judiciales o demandas en contra de CAPRECOM con objeto de la actividad de la FCV en su inmueble. 4. Informe trimestral de los indicadores de calidad hospitalaria (producción, morbilidad, etc.). 5. Trimestralmente presentar las certificaciones de habilitación de la clínica. 6. Inventario anual de los activos de CAPRECOM con reporte de su estado y novedades. 7. Certificado trimestral emitido por la Revisoría Fiscal del CONTRATISTA que evidencie que se encuentra al día en el pago de los aportes fiscales y parafiscales. 8. Certificado trimestral emitido por la Revisoría Fiscal del CONTRATISTA que certifique que se encuentra al día en el pago del valor mensual de la contraprestación y el IMPUESTO DE TIMBRE.

²⁸ Carta enviada por Caprecom el 11 de marzo de 2015 a la Fundación, firmada por Roberto Gómez Rengifo –supervisor del contrato 250/2006- en donde solicita: "1. Informar a Caprecom el **valor de los excedentes generados** por la operación de la Clínica de Santa Marta durante las vigencias fiscales 2011, 2012, 2013 y 2014. 2. Enviar los **soportes financieros correspondientes a la operación de la Clínica de Santa Marta** para las vigencias fiscales 2011, 2012, 2013 y 2014, con el fin de verificar los resultados de la operación así: - **Estados de Resultados** de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014. - **Balance General** de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.- Auxiliares de las cuentas contables por tercero de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.- **Notas a los estados financieros** de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.

Informes de revisoría fiscal con cierre a las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.

3. **Informar a CAPRECOM sobre la utilización del 50% de los excedentes** (numeral 7.2, de la cláusula SEPTIMA (EXCEDENTES Y PERDIDAS), de las vigencias mencionadas en los numerales anteriores, si hubo inversiones informar cuales, adjuntar soportes y si hubo autorización expresa de CAPRECOM adjuntar la respectiva autorización.

La anterior información se solicita con fundamento en la CLAUSULA SEPTIMA del contrato 250 de 2006, modificado en sus numerales 7.1 y 7.3 por el OTROSÍ de fecha 11/07/2011 y teniendo en cuenta que la Contraloría General de la República, (CGR), en desarrollo de la auditoría de la vigencia fiscal 2013, realizada a CAPRECOM en el transcurso del año 2014, señaló: El Otro Sí del 11 de julio de 2011 al contrato 250 de 2006, modificó los términos de los numerales 7.1 y 7.3 de la cláusula séptima quedando sin modificación los demás numerales de esta última'

495

notificación de visita para la supervisión del contrato 0250 de 2006, se observa que Caprecom le solicitó a la Fundación la entrega de los soportes contables con el fin de determinar el monto de sus excedentes y la respectiva destinación.

Pero, durante este proceso no se acreditó que ese acceso efectivamente se hubiera dado o que la Fundación hubiera entregado o puesto a disposición de Caprecom papeles o documentos que no tenía la obligación de producir o permitir.

3.1.3 Caprecom solicitó documentación que no correspondía

Este Árbitro se pronunciará en los términos en que fue planteada esta pretensión. Como se sabe, en los procesos judiciales, el fallador tiene un marco limitado de acción, consistente en las pruebas que obren en el expediente y las pretensiones que hayan expuesto las partes durante los respectivos trámites procesales. Sólo en casos excepcionales, y siempre en virtud de la ley, podrá fallar por fuera de lo pedido como es el caso de los procesos de consumidor y algunos de familia. No es el caso. Por lo cual, el Tribunal no se encuentra facultado para fallar más allá, ni de manera diferente de lo que las partes le hayan solicitado.

En ese contexto tenemos que Caprecom solicitó la producción y el acceso a información contable que ya no estaba prevista a partir del otrosí al contrato 0250. Para la fecha de varios de los pedidos, Caprecom ya no tenía tal potestad, puesto que fue eliminada por medio del otrosí.

(...)

Por lo anteriormente expuesto, en ejercicio de las funciones de supervisión administrativa del contrato 250 de 2006, se conceden 5 días hábiles para la remisión de la información, contados a partir del recibo de la presente comunicación, lo anterior con el fin de garantizar que el contratista cumpla con las obligaciones del contrato, de lo contrario se iniciaran las acciones contractuales por incumplimiento." Subraya fuera de texto.

²⁹ En la carta del 21 de abril de 2015, Caprecom le requiere a la Fundación: "1. Informar a CAPRECOM el valor de los excedentes generados por la operación de la Clínica de Santa Marta durante las vigencias fiscales 2011, 2012, 2013 y 2014. 2. Enviar los **soportes financieros correspondientes a la operación de la Clínica de Santa Marta** para las vigencias fiscales 2011, 2012, 2013 y 2014, con el fin de verificar los resultados de la operación así: **Estados de Resultados** de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014. - **Balance General** de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.- Auxiliares de las cuentas contables por tercero de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.- **Notas a los estados financieros** de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014. - Informes de revisoría fiscal con cierre a las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014."

³⁰ Carta remitida por Caprecom a la Fundación Cardiovascular -21 de julio de 2015, en donde solicita:

"Enviar los **soportes financieros correspondientes a la operación de la Clínica de Santa Marta** para las vigencias fiscales 2011 (15 de julio al 31 de diciembre de 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 (corte 30/06/2015), información financiera que deberá contener lo siguiente: **Estados de Resultados** de las vigencias relacionadas. - **Balance General** de las vigencias solicitadas al igual que las notas a los estados financieros de dichas vigencias.- Auxiliares de las cuentas contables por tercero de las vigencias en mención.- Informes de revisoría fiscal con cierre a las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014 y a 30 de junio de 2015."

³¹ En comunicación del 6 de agosto de 2015, Caprecom requiere nuevamente a la Fundación para que entregue los informes señalados en el pie de página anterior.

³² Caprecom -21 de agosto de 2015, explica lo siguiente:

"En segundo lugar, con extrañeza se observa por parte de esta supervisión, la posición asumida por la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, cuando de manera unilateral sigue dando interpretación diferente a lo estipulado por el Otro sí del 11 de julio de 2011 al contrato 250 de 2006, sin tener en cuenta lo establecido en los conceptos dados por el área jurídica de CAPRECOM de los cuales se le corrió traslado a la FCV, y sobre todo, dejando a un lado los resultados dados en audiencia de mesa de reunión ante la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, donde ante la primera con citación de la FCV a Caprecom no se llegó ningún acuerdo por cuanto estaba vigente la cláusula que hoy se pretende desconocer e igualmente ante la segunda, en mesa de trabajo donde estuvieron presentes los representantes de la FCV, se concluyó que no había mérito a interpretación del otro Sí, más aún cuando se evidenciaba qué no se había modificado en numeral 7.2 de la cláusula séptima."

496

Pero, no hay ninguna prueba de que la Fundación efectivamente haya accedido a lo pedido o que de otra manera Caprecom haya tenido el acceso que pretendía. Mucho menos que la entidad pública hubiera de ninguna manera forzado ese acceso.

Por el contrario, en los textos de los pedidos se hace evidente que Caprecom hizo los requerimientos enfáticamente pero en el marco de la discusión sobre si la remuneración por participación en los excedentes estaba o no aún vigente. Caprecom ahí, en su entendimiento de defender los recursos públicos, al creer que esa remuneración por excedentes estaba vigente, pidió lo que se precisaba para corroborar lo pertinente.

Pero, la Fundación siguió en desacuerdo y no produjo lo que se le pidió. Esa controversia es la que ahora se trajo a arbitramento. La diferencia de entendimientos es legítima y, como se explicará en el punto que sigue, si la interpretación incorrecta del contrato no se materializa en actos que lo nieguen, ello no podrá ser tenido como una violación del mismo.

Por lo anterior, la conclusión no es otra que Caprecom no cuenta ya con la posibilidad de pedir o acceder a los papeles que se habían previsto en el texto original del Contrato 0250 que se eliminó. Pero que, tener una interpretación diferente no viola el acuerdo vigente, como tampoco lo viola que hubiera actuado en esa convicción pidiendo la documentación, en la medida que la Fundación nunca entregó los archivos, soportes ni estados financieros que nos ocupan pues no se materializó una violación contractual.

3.2 Sobre el punto 1.1.2 Interpretación

No es procedente que este Árbitro se pronuncie sobre si la Cardiovascular ha interpretado conforme a derecho la cláusula séptima del Contrato 0250 de 2006 en el sentido que las Partes decidieron modificar la remuneración que le correspondía a Caprecom cambiando la participación de los excedentes a una suma fija mensual, y no adicionar otro valor, por las siguientes razones:

3.2.1 En razón a que la interpretación no es un hecho jurídico

La interpretación de uno de los contratantes, no es un hecho jurídico, y por lo tanto no resulta de relevancia para el mundo del derecho. En palabras del Maestro Fernando Hinestrosa, "[l]a ley es una previsión genérica, un juicio hipotético que actúa únicamente en presencia de realidades. Solo los hechos tienen fuerza bastante para mover el mandamiento legal. La ley previene la modificación de la naturaleza y ordena un efecto para el caso que acontece. El antecedente y el consecuente están previstos y sancionados por la norma, pero ella no obra sino en virtud de un impulso, que es el hecho jurídico: ex facto oritur ius"³³.

Por consiguiente, al ser la interpretación³⁴ una labor netamente intelectual, que hace parte del fuero interior del sujeto que interpreta, no resulta de relevancia para el mundo jurídico. Salvo, como se expresó, en

³³ En el pie de página, el maestro Fernando Hinestrosa se pronuncia en los siguientes términos: "Si cupiera un símil biológico, podría decirse que se sabe que en todos los casos la ley es la 'madre', pero que acá se pregunta por el 'padre: el hecho jurídico provisto de determinados caracteres y de una nomenclatura" (Fernando Hinestrosa, Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, 1era ed., vol. I (Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2015), 68.

³⁴ La Rae define la interpretación como la "acción y efecto de interpretar". Y define la palabra interpretar como "Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto"; "Concebir, ordenar o expresar de un modo person

aquellos casos en los que motiva una acción y genera efectos en el mundo exterior. Así, en la medida en que la sola interpretación hecha por Caprecom respecto del clausulado no trasciende al mundo jurídico, este tribunal, no se pronunciará al respecto.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que "[l]a interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la cordura, perspicacia y pericia del juzgador, a su discreta autonomía"³⁵. Con esta posición, la referida corporación ha dejado por sentado que es el juez quien tiene la calidad para encontrar el sentido y alcance de las disposiciones, en este caso, el árbitro, y que, además, su interpretación es vinculante para los contratantes y para terceros.

Así, entonces, la interpretación unilateral de uno de los contratantes no resulta de relevancia para el mundo jurídico pues ella hace parte del fuero interno y, en todo caso, no genera ningún efecto. Claro está, es distinto cuando aquella interpretación se exterioriza y, por ejemplo, se incumple el contrato. Caso en el cual, el fallador no se centrará en determinar que interpretación fue la correcta, sino que analizará si, como consecuencia de ello, hubo un incumplimiento del contrato materializado en una acción o en una omisión.

En otras palabras, lo que interprete cada una de las partes individualmente considerada no es de ninguna importancia o relevancia para el derecho, pues hace parte de un análisis interior, de su pensamiento, de su creencia respecto del clausulado.

3.2.2 En razón a que el Tribunal no tendría competencia para ello

El tribunal arbitral deriva su competencia de lo que las partes señalan. Su poder está de esa manera limitado. En el caso que nos ocupa ahora, se trata de "...toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, a su terminación, a su liquidación y al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el mismo"³⁶.

Se nota así que, aunque como se explicó arriba la interpretación nunca será un hecho jurídico por si mismo, éste Árbitro no tiene competencia para analizar la íntima convicción que tenga una de las partes sobre el alcance de alguna o algunas de las cláusulas del contrato y menos para señalar si está o no acorde con la verdad legal.

3.3 Sobre el punto 1.1.3 Cruce de cartera

No procede ordenar a Caprecom el cruce de cartera y compensación a partir del junio de 2015 hasta el 28 de diciembre del mismo año, fecha en la que mediante el decreto 2519 de 2015, se ordenó la supresión y liquidación de Caprecom.

3.3.1 Lo que se prevé en el contrato vigente

al la realidad"; "Explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos".

³⁵ Colombia, Corte Suprema de justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7504.

³⁶ Clausula Trigésima cuarta del contrato No. 250.

458

Es cierto que las Partes acordaron que el pago de la retribución a favor de Caprecom se realizaría mediante cruce de cuentas con las facturas por concepto de los servicios prestados por la Fundación a los afiliados de aquella, de la siguiente manera:

i) En el contrato 0250, se estableció que la Fundación debía "[p]restar el servicio de salud a los afiliados de CAPRECOM y cobrar por dichos servicios como MAXIMO a la tarifa ISS 2004 MENOS el 12% o en todo caso a la tarifa más baja que EL CONTRATISTA esté cobrando en el mercado, siempre y cuando dicha tarifa sea inferior a la tarifa ISS 2004".

ii) En el otrosí se pactó que la Fundación debía "[p]restar el servicio de salud a los afiliados de CAPRECOM cuando exista contrato de prestación de servicios entre EL CONTRATISTA y CAPRECOM en el cual se establecerán las tarifas y forma de pago. Para los afiliados de otras EPS, ARS y demás Aseguradoras, EL CONTRATISTA, dentro de su autonomía e independencia podrá pactar las tarifas".

iii) En el acta de junta paritaria celebrada entre Caprecom y la Fundación del 26 de octubre de 2011, se observa que "(...) el pago de la contraprestación a cargo de la Fundación por la ejecución del contrato No. 250 de 2006 a partir del 15 de julio de 2011, se efectuará mediante cruce de cuentas y previa facturación por parte de Caprecom (...)".

3.3.2 Lo que se prevé en la ley aplicable

No es procedente ordenar la compensación pretendida, en razón a que se desconocerían las normas imperativas a ese respecto y se violaría el principio de igualdad imperante en los procesos liquidatorios.

Caprecom entró en liquidación mediante decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 expedido por la Presidencia de la República.

El régimen aplicable a la liquidación de entidades estatales está contenido principalmente en el decreto 254 de 2000, modificado por la ley 1105 de 2006. En el artículo primero de la referida ley, se establece que, en lo no previsto, deberán aplicarse las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero y del código de comercio sobre liquidación, siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza de la entidad.

En todo proceso liquidatorio, con independencia de si se trata de una entidad pública o privada, se sigue el principio de igualdad³⁷³⁸³⁹⁴⁰ consistente en que todos los acreedores deben comparecer al proceso

³⁷ "Con la apertura de un concurso los acreedores se sitúan en un esquema de comunidad de suerte, pues la satisfacción de las acreencias va a depender de su desarrollo; ellos no gozan de otro respaldo que la masa. Sea que el juicio concursal tiende a la recomposición del pasivo del deudor, mediante un acuerdo con sus acreedores, o a la liquidación de su patrimonio para pagar sus obligaciones, lo cierto es que los acreedores deben sufrir alguna pérdida, y lo más razonable es que soporten equitativamente, en proporción a sus respectivos créditos.

En otros términos, a los acreedores se les debe dispensar un trato igualitario, principio que se suele enunciar con la expresión par conditio omnium creditorum. Se trata de un principio típico del derecho concursal, el cual rige, no obstante, en forma estratificada, en cada clase de créditos" (Juan José Rodríguez, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, 1era ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 69.

³⁸ "La revocatoria concursal, como es sabido, tiene relación con la universalidad objetiva, pues pretende asegurar el patrimonio del deudor, garantiza el derecho de los acreedores a que el patrimonio del deudor no se menoscabe y que todos los bienes del deudor sean destinados a satisfacer las obligaciones a su cargo. Además, tiene estrecha vinculación con el principio de igualdad, ya que busca impedir que los acreedores conociendo la crisis del deudor satisfagan acreencia de manera anticipada,

499

liquidatario, sin que sea permitido ventilar sus acreencias en otro escenario, todo esto con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos de todos los acreedores.

Ahora, la norma especial mencionada arriba no hace referencia a la compensación y a los efectos del inicio del proceso liquidatorio, debiéndose entonces remitir al estatuto orgánico del sistema financiero en donde se señala que, "[c]on el fin de asegurar la igualdad de los acreedores en el proceso liquidatorio, **no procederá la compensación de obligaciones de la intervenida** para con terceros que a su vez sean deudores de ella."⁴¹

Uniformemente, la jurisprudencia⁴²⁴³⁴⁴, en numerosas oportunidades, se ha pronunciado sobre la no procedencia de la compensación en las liquidaciones de entidades públicas y privadas por desconocer el principio de igualdad.

sustrayéndose del concurso y cercenando el derecho de los demás a pagarse con cargo al bien que sale del patrimonio de aquél" (Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-001751 del 16 de enero de 2017).

³⁹ "Dentro del proceso de liquidación forzosa administrativa el bien jurídico más importante a proteger es el de la igualdad de los acreedores (Corte Constitucional. Sentencia C-403 de 2001).

⁴⁰ "La igualdad de los acreedores o par condicio omnium creditorum: que implica darles a todos un trato igual dentro del proceso, para lo cual todos los acreedores, sin distinción alguna, deben concurrir al proceso en igualdad de condiciones, despojándose de las acciones individuales propias, para entrar en concurrencia con todos los otros acreedores, respetando las prelación de ley (Superintendencia de Sociedades. Auto 405-007244 de 10 de junio de 2008).

⁴¹ Numeral 2 del artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

⁴² "No debe olvidarse además, que la toma de posesión de las entidades financieras en estos casos está dirigida al salvamento de la confianza pública y que el objetivo central de la medida es la protección de los terceros de buena fe, por lo que no puede primar la compensación legal sobre el interés general de los acreedores dentro del proceso liquidatorio (Corte Constitucional. Sentencia C-403 de 2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis)

⁴³ "Ahora, es preciso aclarar que la admisibilidad de la figura, su amplitud y efectos en los procesos universales, no depende tanto de la concepción que se sostenga sobre la operatividad de la figura en virtud de su acaecimiento ipso jure, como de los principios generales que inspiren la legislación concursal, pues una legislación concursal basada en un riguroso respeto a la igualdad de los acreedores en la conservación de la masa concursal negaría esta posibilidad (...) Así pues, si todos los acreedores del deudor deben concurrir a hacer valer sus créditos, es claro que no pueden aplicar la compensación, pues ella implicaría un pago preferente, que violaría la 'par condicio omnium creditorum'. En este punto es preciso reiterar lo manifestado anteriormente, y es que la apertura de un proceso concursal impone reglas distintas a aquellas que serían predicables en circunstancias normales de la compañía (...) Por último, es válido destacar lo normado en el artículo 50, numeral 11 de la Ley 1116 de 2006, según el cual una vez admitido el deudor a un proceso de liquidación judicial no será posible efectuar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación, so pena de ineficacia. Como puede verse, la norma no se limitó a sancionar el pago sino que fue más allá e incluyó las compensaciones como modo de extinguir las obligaciones al manifestar arreglos relacionados con sus obligaciones (Superintendencia de Sociedades. Auto 405-007244 de 10 de junio de 2008).

⁴⁴ "Uno de esos mecanismos es, precisamente, el de la *compensación*, según el cual deudas líquidas, exigibles y del mismo género entre dos personas que sean deudor y acreedor entre sí, se extinguen por el simple ministerio de ley (artículo 1714 y s.s. del Código Civil). Significa lo anterior que, si se reúnen los requisitos señalados, el deudor que a su vez es acreedor puede hacer uso de ésta, para que su obligación se extinga.

La procedencia de este figura en procesos de carácter concursal ha sido prohibida, por cuanto de aceptarse ésta, aquellos acreedores que a su vez son deudores, resultarían favorecidos en relación con aquellos que no lo son, pese a que la existencia de estas dos calidades en una misma persona, no da origen a preferencia alguna, para el efecto basta remitirse al artículo 2493 del Código Civil. En otros términos, ha de entenderse que la consagración legal de esta figura no puede operar en perjuicio de terceros, terceros que, en los casos de toma de posesión con fines liquidatorios, vendrían a estar representados en la universalidad de acreedores de la intervenida, específicamente de los ahorradores, inversionistas o depositantes, sujetos éstos que merecen una especial garantía, según los términos de la Constitución, al consagrar una protección y vigilancia especial sobre el ahorro privado (artículos 150, numeral 19, 189, numeral 24 y 335)" (Corte Constitucional. Sentencia T-065 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Esa imposibilidad de compensar en procesos liquidatorios o de resolver sobre esos temas por fuera del proceso correspondiente impera inclusive cuando los elementos de la compensación se han presentado con anterioridad al proceso de liquidación. Al respecto la Corte Constitucional manifiesta que "... una compensación anterior al proceso liquidatorio que operase en forma automática y por vía general, resulta constitucionalmente inaceptable, pues, ciertamente, si se permitiera que, en esa hipótesis a través de la compensación, el acreedor de una entidad liquidada recibiera la satisfacción de su crédito, éste no entraría al prorrateo a que están sujetos los otros acreedores, y ello constituiría una verdadera injusticia frente a los demás acreedores, quienes sí están obligados a hacerse parte en el proceso concursal, para poder obtener el pago de sus acreencias."⁴⁵

Se infiere entonces que este tribunal no puede pronunciarse en el sentido que se le pidió sobre la compensación pretendida por la Fundación pues estaría violando el principio de universalidad, y usurpando la competencia radicada en cabeza del ente liquidador. Se negará la petición.

3.3.3 Lo que se acreditó

Lo expuesto en el número anterior es suficiente para tener que negar la petición. Pero, aún en gracia de discusión, la Fundación no acreditó los elementos necesarios para acreditar el acaecimiento de la compensación.

Para que proceda la compensación, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) Reciprocidad actual de las deudas⁴⁶; (ii) Homogeneidad de las prestaciones;⁴⁷ y, (iii) Liquidez y exigibilidad de las obligaciones⁴⁸.

El artículo 167 del C.G.P, aplicable a este caso, determina que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Y, la Fundación no acreditó los supuestos requeridos para que se pudiese determinar que sobrevino una compensación.

Bien, en el expediente, la única prueba que aportó la Fundación para probar la compensación, es una certificación expedida por ella misma en donde manifiesta que "...al 28 de diciembre de 2015 se encontraba pendiente de realizar el cruce de cartera con la cuenta por pagar por concepto de la contraprestación estipulada en el contrato, la suma de \$852.600.000". Lo que no resulta suficiente para determinar la cuantía exacta de las contraprestaciones que le corresponderían a cada una, que sean exigibles, o que estén soportadas.

4 Sobre la demanda de reconvención

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-429 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁶ "En cuanto a los sujetos y a la presencia de relaciones obligatorias, el presupuesto de la compensación es elemental y va en el propio planteamiento de la figura 'cuando dos personas son deudoras una de otra...' (art. 1714 c.c.). Las partes han de ser mutuamente y actualmente acreedoras y deudoras (art. 1714 c.c.). La dualidad y la reciprocidad presentes son indispensables (...)" (Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones*, 1era ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, 802).

⁴⁷ "Son requisitos objetivos para que se produzca la compensación (art. 1715 [1ª a 3ª] c.c.): que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; que ambas deudas sean líquidas y exigibles (...)" (Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones*, 1era ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, 803).

⁴⁸ "Una obligación es líquida cuando de manera expresa manifiesta qué, cómo y cuánto se debe. Si la prestación ha de ser concretada, si el pago debe aguardar o una liquidación previa, la deuda no puede entrar en compensación" Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones*, 1era ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, 803).

4.1 Sobre el punto 1.2.1 Incumplimiento indefinido

El demandante en reconvención se limitó a solicitar como pretensión que se declare que Caprecom "incumplió el Contrato 250 de 21 de diciembre de 2006". Sin determinar que cláusulas o apartes considera fueron desconocidos. A pesar de ello, al interpretar la demanda, se desprende que el incumplimiento al que hace referencia tiene que ver con la cláusula 7.2 del contrato original.

Las pretensiones⁴⁹ son el marco de acción del juez, y por ende del árbitro, pues este no puede pronunciarse sobre puntos distintos a los que le fueron puestos de presente por las partes. Razón por la cual el artículo 82 del C.G.P exige que en la demanda se exprese lo pretendido, con precisión y claridad.

Sin embargo, la jurisprudencia^{50 51} aclara que el fallador debe interpretar la demanda, con el propósito de determinar la verdadera intención del accionante, lo pretendido.

Así las cosas, y al darle una mirada armónica al escrito de demanda de reconvención, se encuentra que el incumplimiento, al parecer, hace referencia a la cláusula 7.2 pactada en el contrato original. Así será estudiada. Sin embargo, al ser este punto el centro de la controversia suscitada entre las partes, y por tener una íntima relación con la pretensión segunda expuesta por Caprecom, se resolverá en el siguiente numeral.

4.2 Sobre el punto 1.2.2 Supresión o modificación de la cláusula 7.2

4.2.1 Criterios de interpretación contractual

⁴⁹ "Si la demanda es el instrumento para el ejercicio del derecho de acción y éste solo puede adelantarse formulando unas pretensiones, es apenas natural que sea requisito principal de ella, el que la formulación de esas pretensiones se haga, 'con precisión y claridad', es decir, en forma tal que no haya lugar a ninguna duda acerca de lo que quiere el demandante; por tanto, si el juez encuentra oscuridad o falta de precisión en lo que se pide, puede no admitir la demanda, apoyándose en la causal prevista en el art. 85, num. 1º; es éste un requisito central dentro de los que comento por cuanto determina el marco de decisión en el del respectivo proceso dado que no puede el juez fallar por objeto o causa diferente del expresado en las pretensiones (...)" (Hernán Fabio López, *Instituciones de Derecho Procesal Colombiano*, 10ma ed., vol. I (Bogotá : Dupre Editores, 2009), 463).

⁵⁰ "Siguiendo para el efecto el criterio jurisprudencial de esta Sección sobre el particular, la Sala señala que a fin de extraer los contenidos normativos que emanan de las normas procesales, debe tenerse siempre en consideración la teleología objetiva que se persigue, la cual consiste en permitir la realización, en la mayor medida fáctica y jurídica posible, del derecho de todo ciudadano de acceder a la administración de justicia, en sentido material.

A este planteamiento se llega si se tiene en cuenta que el derecho en cuestión tiene en el ordenamiento jurídico un peso o importancia mayor que el derivado de su consideración como una simple regla determinadora del accionar de la justicia y sus agentes o, visto desde otra perspectiva, se le tiene, en consecuencia, como un claro e inobjetable mandato de optimización, que implica que lo prescrito en su estructuración normativa o postulación debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles" (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de agosto de 2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio).

⁵¹ "No obstante, sin que signifique el desconocimiento al carácter rogado de esta jurisdicción ni la sustitución o relevo de las cargas impuestas por la ley a las partes, el juez administrativo también está en la obligación de interpretar las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la Constitución y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo, como también es correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia. El límite a la interpretación de la demanda por parte del juez en estos eventos está marcado por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tener por demandado lo que no surge del libelo introductorio" (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 20 de enero de 2006. C.P. María Nohemi Hernández).

502

En el ordenamiento jurídico colombiano, prevalece la intención de las partes sobre lo declarado en el contrato⁵²⁵³. Diferente de lo argumentado por Caprecom, en el artículo 1618 del código civil, categóricamente se determina que “[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Así que el ejercicio que le corresponde a este Tribunal, consistirá en valorar los medios de prueba obrantes en el expediente para auscultar la verdadera intención de las partes, lo realmente querido. Y, sólo si no se consigue el resultado, se procedería con los demás criterios de interpretación –subsidiarios de la intención.

4.2.2 Lo que se acreditó

Durante el curso de proceso el apoderado⁵⁴⁵⁵ de Caprecom hizo varias insinuaciones sobre que habría existido mala fe por parte de la Fundación e, incluso que habrían existido motivos oscuros en la medida que algunos de los funcionarios de su representada tenían vínculos de amistad con el Director General antes de su vinculación.

⁵² “Para comenzar ha de ponerse de presente que se trata de establecer el sentido genuino de la expresión mediante el cual el o los sujetos negociales realizan una disposición de intereses (...) Así se dice y repite que la interpretación del negocio jurídico tiene por finalidad desentrañar la intención genuina de su autor o sus autores; que la tarea del juez al respecto consiste en ello, y se agrega que nada más que en ello, ósea, en últimas, en establecer la ‘voluntad real’” (Fernando Hineostroza, Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, 1era ed., vol. II (Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2015), 183.

⁵³ “En un todo acuerdo con lo señalado por la mejor doctrina nacional e internacional, al igual que por la jurisprudencia y la propia ley, y con arreglo a lo manifestado preliminarmente en el numeral que antecede, se tiene establecido que, en tratándose del sistema subjetivo –puro o morigerado- de interpretación, el que se erige universalmente en la regla general –existente por oposición al denominado sistema objetivo-, la búsqueda de la común o convergente intención de las partes contratantes se sustituye en su norte, en su ratio última, puesto que como ya se anticipó, si el sustrato o tejido del contrato causalmente es determinado por la voluntad de los extremos de la relación negocial, la que en tal virtud obra como percutor en lo que a sus efectos jurídicos se refiere, es ella la que debe inicialmente ser escrutada, en aras de lograr su interpretación (...) En Colombia, a emulación de la generalidad de los ordenamientos civiles internacionales, como se ha pincelado, prima la regla de la búsqueda de la mencionada común intención –en sentido amplio- (o si se desea de la ‘intención de los contratantes’ art. 1618), la que constituye en el norte del hermeneuta, en la brújula que debe guiar su nobile officium, y a la que deberá obediencia suma, so pena de desdibujarlo, todo sin perjuicio de que, si agotado este laborio sin resultados positivos y fiables, como lo hemos dicho, podrá acudir a otros expedientes (de estirpe objetivo)” (Carlos Ignacio Jaramillo, *Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los Contratos*, 1era ed. (Bogotá : Editorial Ibañez, 2016).

⁵⁴ “Este actuar constituye un acto de viveza que lesiona las buenas costumbres que deben imperar en la colectividad y, por tanto, desconoce el principio de buena fe que debe permear las relaciones contractuales” (página 32 de los alegatos de conclusión presentados por Caprecom).

⁵⁵ “DR. LINARES: Puede usted ilustrar a este Tribunal entonces cuál fue el proceso que siguió el otrosí al interior de CAPRECOM y por qué dependencias pasando por la subdirección jurídica, el área de IPS y cómo fue todo el curso que siguió ese otrosí hasta haber llegado a la firma de quien usted dijo que era su amigo Mario Andrés Urán cómo llegó a la firma de Mario Andrés Urán?

DR. CARVAJAL: No, le aclaro, hice referencia a la amistad que por eso se me había invitado de llegar a la subdirección jurídica, ese otrosí transitó o pasó por la subdirección de IPS y por la subdirección jurídica, quien es la subdirección jurídica la que finalmente digamos redacta y elabora el otrosí, pero los criterios de carácter técnico sólo depende de la subdirección de IPS. (...)

DR. LINARES: Terminado su trabajo en CAPRECOM usted ha sido requerido por alguna autoridad de control por asuntos disciplinarios o de manejo fiscal de la participación que tuvo en CAPRECOM?

DR. ARCHILA: Esa pregunta no.

DR. CARVAJAL: No, pero esa pregunta no, corresponde a mi resorte, es decir ninguna autoridad ni fiscal, penal, ni disciplinaria me ha requerido por mi participación en este aspecto, hasta ahora no tengo conocimiento” (audiencia del 24 de mayo de 2017).

En varios apartes de este laudo se ha expresado que esas sugerencias no pueden ser atendidas en la medida que nunca se concretaron a hechos y, peor, llegaron sin soporte, definitivamente muy lejos de acompañarse del peso probatorio que se precisaría para que se desvirtúe la presunción de buena fe y de inocencia que se consagran en nuestra Constitución Política y en la ley.

Hecha esa precisión, del análisis de las pruebas se desprende inequívocamente que las partes tenían la intención de eliminar la remuneración por excedentes para migrar exclusivamente a una suma fija. Veamos:

4.2.2.1 Delimitación de las diferencias

(a) Texto del contrato y del otrosí

La dificultad que trajo a las partes a este arbitramento se origina, principalmente, en que en el otrosí se trajo como forma de remuneración, una suma fija mensual pero, no obstante, no se eliminó expresamente la anterior remuneración –excedentes-, conforme se observa:

Contrato 250	Otrosí
SEPTIMA. EXCEDENTES Y PERDIDAS: 7.1 VALOR DEL CONTRATO Y RESPALDO PRESUPUESTAL: El presente contrato no tiene valor. Por lo tanto, no contará con certificados de disponibilidad presupuestal ni requiere de registro presupuestal para su legalización. 7.2 PARTICIPACION: Los excedentes de la administración de la Clínica se liquidarán para cada año fiscal y se distribuirán entre EL CONTRATISTA y CAPRECOM, así: 50% con destino a CAPRECOM y 50% con destino a EL CONTRATISTA. En todo caso, las pérdidas que se generen deberán ser asumidas en su integridad por EL CONTRATISTA, sin facultad o derecho alguno de repetir contra CAPRECOM. 7.3 DESTINACIÓN: La parte de los excedentes que le corresponde a EL CONTRATISTA compensará su gestión y por tanto será de su libre disposición, atendiendo su objeto social; mientras que los excedentes de CAPRECOM se destinarán, prioritariamente, para la modernización de equipos y la apertura de servicios en la Clínica.	QUINTO. La cláusula SEPTIMA del contrato quedará así: 7.1 VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: El valor mensual que el CONTRATISTA cancelará a CAPRECOM, será la suma de Ciento Cinco Millones de pesos (\$105.000.000.00) M/CTE. En el otrosí no se hizo referencia a la cláusula 7.2, pero en el numeral 7.3 se estableció que "Los demás numerales y párrafos de la CLAUSULA SEPTIMA continúan iguales." 7.3 DESTINACIÓN: Los excedentes que le corresponden a EL CONTRATISTA serán de su libre disposición, atendiendo su objeto social; mientras que las contraprestaciones que recibe CAPRECOM se destinarán para el pago de la prestación de servicios de salud para los usuarios afiliados a CAPRECOM, para la modernización de equipos y para la apertura de servicios en la Clínica. Los demás numerales y párrafos de la

504

<p>En caso de que alguna de las cuotas anuales del crédito condonable que le otorga la Nación a CAPRECOM para el fortalecimiento de sus IPS, sea definida como no condonable por causas imputables a CAPRECOM, podrá destinar los excedentes, en caso de ser necesario, al pago de las cuotas anuales del CRÉDITO DE PRESUPUESTO una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y apertura de nuevos servicios antes mencionadas. Para ello, CAPRECOM le comunicará a EL CONTRATISTA dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informe de tal situación.</p> <p>Una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y ampliación de servicios, y no se tengan cuotas anuales del crédito por cancelar, los excedentes de CAPRECOM serán destinados para amortizar su pasivo pensional.</p> <p>En caso de que no se presenten excedentes, la cuota del crédito condonable que sea definida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como no condonable será asumida directamente por CAPRECOM.</p> <p>Los excedentes de CAPRECOM no podrán ser utilizados como capital de trabajo para la administración de la Clínica que se organice.</p> <p>7.4 PERDIDAS: En la medida en que EL CONTRATISTA tiene total autonomía para la administración de la Clínica y que por este contrato así se ha convenido, las pérdidas que se presenten en la operación serán asumidas exclusivamente por EL CONTRATISTA, con la facultad de terminación que se deja expresada en el aparte correspondiente, cuando tales pérdidas sean la consecuencia de causas objetivas no imputables a él, y siempre y cuando EL CONTRATISTA asuma dichas pérdidas y demuestre que se encuentra a paz y salvo por todos los gastos en que incurrió durante su</p>	<p>CLAUSULA SEPTIMA continúan iguales.</p> <p>PARAGRAFO: Los gastos e inversiones en que el CONTRATISTA haya incurrido o incurra, para la apertura de nuevos servicios estarán a cuenta del CONTRATISTA, con cargo a la operación.</p>
---	--

administración."	
------------------	--

(b) Las garantías

En las disposiciones generales sobre contratación se prevé que las obligaciones de los contratistas deberán estar garantizadas a favor de la entidad estatal. Así se prevé en el artículo 7 de la ley 1150 de 2007 quemodificó el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, en los siguientes términos: "[l]os contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato".

Para estos temas particulares, en el literal l del artículo 24, del Estatuto de Contratación Estatal se ordena que en "[l]os contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas."

El otorgamiento de estas seguridades no es accesorio sino sustancial. En efecto, "[l]a garantía única es obligatoria en todos los contratos, a excepción de los contratos de empréstito, los interadministrativos, los de seguros y aquellos cuyo valor sea inferior al diez (10%) de la menor cuantía. La entidad no puede exonerar al contratista de su otorgamiento, sino cuando la ley expresamente la autorice, lo que no ocurrió con esta nueva"⁵⁶ (se refiere a la ley 1150 de 2007). Se trata de "... un mecanismo de cobertura de los riesgos que los contratistas deben otorgar a favor de una Entidad estatal o terceros para garantizar los riesgos derivados del respectivo contrato..."⁵⁷, dentro de estas, encontramos la garantía de cumplimiento⁵⁸.

En ese orden de ideas, si lo que las partes acordaron en el Otro sí hubiera sido que, en adición a la participación en los excedentes, Caprecom tendría derecho a una suma fija mensual, se hubiera mantenido la garantía correspondiente a la remuneración variable y contingente y a esa se le hubiera adicionado la que se necesitaba para la remuneración fija y periódica.

Pero eso no fue lo que se hizo. En el contrato original se previó, en la cláusula decima una seguridad para la remuneración contingente y variable así:

"EL CONTRATISTA deberá constituir a su costa y a favor de CAPRECOM, fuera de las garantías ya mencionadas en el literal m) de la cláusula quinta (obligaciones de EL CONTRATISTA) del presente contrato, dentro de los diez (10) días habiles siguientes a la fecha de suscripción del presente contrato, garantía expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia, cuya póliza matriz se encuentre aprobada por la Superintendencia Financiera que ampare: (i) Cumplimiento, por el 10% de los **ingresos proyectados para cada uno de los años del contrato**, con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro meses más; (ii) Calidad del servicio, por el 10% de los **ingresos proyectados para cada**

⁵⁶ Palacio, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*. 7ma ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2014, 567.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ "Según el artículo 121 del Decreto 1510 de 2013 el valor de esta garantía será como mínimo el diez por ciento (10%) del valor total del contrato salvo que el valor supere un millón (1.000.000) de SMLV. El contratista deberá otorgarla con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación de aquel. En caso de no haberse convenido por las partes un término para la liquidación del contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto" (Palacio, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*. 7ma ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2014, 577).

uno de los años del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro meses más (...)" subraya fuera de texto.

Y, al hacerse el cambio al otro sí, esa condición se eliminó y se cambió por una garantía que cobre solo la remuneración fija y periódica del siguiente tenor:

"Cláusula octava del otrosí: "El CONTRATISTA deberá mantener vigentes a su costo y a favor de CAPRECOM, fuera de las garantías ya mencionadas en el presente contrato, garantía expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia, cuya póliza matriz se encuentre aprobada por la Superintendencia Financiera, que ampare: (i) Cumplimiento, por el 10% de la **sumatoria de los pagos mensuales que EL CONTRATISTA efectúe anualmente a CAPRECOM**, con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro meses más; (ii) Calidad del servicio, por el **10% de la sumatoria de los pagos mensuales que el CONTRATISTA efectúe efectúe anualmente a CAPRECOM**, con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro meses más; (...)" subraya fuera de texto.

Así pues, se reafirma que la voluntad real consistía en eliminar la remuneración variable y contingente y dejar solo la fija y periódica.

(c) Otros aspectos relevantes

En los Antecedentes escritos del otrosí⁵⁹ al contrato 0250 se manifiesta de forma expresa que la intención de modificar el contrato original era consecuencia de las dificultades y del desgaste que les había generado a las Partes la consagración de una remuneración por excedentes y que lo que se estaba ahora pactando tenía como propósito acordar un mecanismo que sí le permitiera a Caprecom determinar y recibir de manera expedita su remuneración.

Así mismo, tal y como se pudo observar en el numeral 2.3.2.3, se eliminaron cláusulas que estaban atadas a los excedentes.

En ello no hay espacio para pensar que hubiera motivos ni intención de, en adición a una remuneración contingente y variable, pactar otra fija y periódica.

4.2.2.2 Lo que expresó la Fundación

A la Fundación y a Caprecom el sistema de los excedentes les generaba grandes dificultades por lo cual se buscó otra forma de remuneración. Esto se encuentra probado con lo dicho por el señor Víctor Raúl Castillo⁶⁰ y las comunicaciones⁶¹ proferidas por la Fundación.

⁵⁹ Antecedentes del otrosí al contrato No. 250: "En el referido contrato se acordó que CAPRECOM y el CONTRATISTA tendrían una participación equivalente al 50% de los excedentes de la administración de la clínica. TERCERA. Que durante la ejecución del contrato se ha encontrado que la forma y el **procedimiento para establecer la suma que debe el CONTRATISTA cancelar a CAPRECOM ha resultado dispendiosa** y ha generado la necesidad de utilizar un gran esfuerzo administrativo y financiera. Así mismo, los excedentes de la Administración de la Clínica **no han permitido a CAPRECOM percibir una contraprestación que permita recuperar la inversión efectuada**. CUARTA. Que es necesario que las partes acuerden un instrumento que permita determinar en forma expedita la remuneración que debe recibir CAPRECOM" subraya fuera de texto.

⁶⁰ El señor Víctor Raúl Castillo se expresó en los siguientes términos: "Por supuesto y yo fui el que motivé como representante legal las diferentes reuniones con CAPRECOM, **enviamos documentación como le comento que veía aquí, donde**

507

4.2.2.3 Lo que expresó Caprecom

La doctrina y la jurisprudencia nos han enseñado que la voluntad relevante para la interpretación⁶² de los contratos es la que las partes hubieran tenido al momento de contratar y no la que pueda aparecer luego.

Así, si bien ahora, en el escrito de contestación, y en la demanda de reconvención, Caprecom manifiesta que no se deseaba eliminar el numeral 7.2, esa posición contradice lo que en este proceso se probó que era la idea de esa entidad cuando se firmó el otrosí.

Ciertamente, los testigos Orlando Carvajal Calderón⁶³ y Heriberto Pimiento Patiño,⁶⁴ altos ex-funcionarios de Caprecom y quienes participaron en la negociación y firma del otrosí, señalaron uniformemente que: (i)

propusimos inicialmente un cambio que fue aceptado por CAPRECOM donde nos dijeron vea estamos de acuerdo hay mucha dificultad administrativa en poder liquidar ese contrato porque los operativos de CAPRECOM tenían un criterio y nosotros teníamos otro y era imposible llegar a un acuerdo, a pesar de que nosotros íbamos a pagar casi ocho veces más lo que habíamos liquidado previamente para CAPRECOM que se liquidaron y se compraron unos equipos tal como rezaba el documento, en esa imposibilidad hicimos la propuesta que fue aceptada por CAPRECOM y se firmó el otrosí para poder corregir esa dificultad que era esencialmente poder tener una administración mucho más tranquila, era mucho más fácil pagar una fija mensual la compensación correspondiente a CAPRECOM que era mucho más de lo que le estábamos pagando" subraya fuera de texto.

⁶¹ Carta de la Fundación del 7 de diciembre de 2010: "Teniendo en cuenta las dificultades administrativas por las posiciones encontradas de la auditoría de Caprecom y de la FCV en cuanto a la interpretación del clausulado del contrato en lo que tiene que ver con el manejo de cuentas y la pertinencia de algunos costos y gastos, que se traduce en que no haya autonomía administrativa para la FCV como lo establece el contrato, proponemos como modificación estructural a la minuta suscrita modificar la participación de Caprecom, para que no sea un porcentaje de los excedentes sino un valor fijo mensual el cual sería indexado anualmente y se pactaría de acuerdo entre las dos partes, cuyo monto responda a las expectativas mutuas".

⁶² "Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, 'la letra mata, y el espíritu vivifica' (...) Por eso la Corte, en jurisprudencia reiterada, ha resaltado que 'Si la misión del intérprete, es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborio debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas' (cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577). De allí que 'la operación interpretativa del contrato parta necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adular o desvirtuar la voluntad plasmada en él' (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005).

⁶³ Testimonio de Orlando Carvajal Calderón: i) "Cuando me desempeñé como subdirector jurídico tuve en el ejercicio de mis funciones por requerimiento del entonces director general de CAPRECOM el doctor Mario Andrés Urán, que ver con el tema contractual y debo decir para contextualizar que el director de ese entonces doctor Urán, me manifestó que **se estaba teniendo mucha dificultad para establecer la remuneración que debía reconocer la Fundación Cardiovascular a CAPRECOM en virtud del contrato suscrito con la misma y cuyo objeto consistía en la operación que hacía la Fundación Cardiovascular de la clínica nuestra en Santa Marta**. Entonces me manifestó, me dio unas directrices, **dentro de las directrices que me indicó estaban las de estudiar la posibilidad de hacerle un otrosí al contrato para que se estipulara en ese otrosí y que quedara en el mismo una remuneración fija** por cuando la dificultad que se estaba teniendo era que como estaba redactado el contrato no era claro cómo eran los excedentes financieros, si bien estaba estipulado el porcentaje si mal no recuerdo, no estaba establecido en el contrato suscrito con la Fundación la forma para establecer esos excedentes financieros" subraya fuera de texto; ii) "Básicamente en que no hubiera ninguna duda y **establecer una suma fija de remuneración** (...) Finalmente después de las reuniones se **tuvo en cuenta el avalúo de la clínica, entonces por intermedio de ese avalúo se tasó una suma fija que si mi memoria no me falla está por el orden de los \$1105, \$104 millones**" subraya fuera de texto; iii) "Yo qué entiendo? Y debo aclarar que es una **interpretación personal, digamos si a dificultad**

estribaba en la falta de criterios uniformes tanto de CAPRECOM como de la Fundación para mirar esos excedentes financieros, eso se zanjó en el sentido de dejar una suma fija, mire no breguemos más porque es que frente a los excedentes financieros usted me dice que usted me va a incorporar esto, que usted me tiene en cuenta esto, hay dificultad, entonces para que no haya esa dificultad tasemos una suma fija y se tuvo en cuenta el avalúo (...) En el entendimiento mío la reemplazaba, porque el objeto del otrosí era que en el adelante no hubiera ninguna dificultad" subraya fuera de texto; iv) "Lo que reitero y he reiterado durante la presente diligencia, es que el principal motivo, motivación que se tuvo para hacerle el otrosí al contrato inicialmente suscrito entre CAPRECOM y la Fundación era la dificultad que había para la tasación de la fijación debía pagar a CAPRECOM y eso con el otrosí, el espíritu digamos del otrosí fue zanjar esa discusión que se quedara en una suma fija como quedó acá, la cláusula séptima del contrato quedará así, el valor del contrato, el valor mensual que el contratista cancelará será la suma de \$105 millones acá está la suma exacta, digamos esa fue y esta que toda la discusión con antelación a la suscripción del otrosí y la posterior suscripción del mismo fue esa, que CAPRECOM, los funcionarios de la subdirección IPS, los funcionarios de la Fundación, qué discusiones, que la forma de contabilidad, que usted no me cruce estas cuentas, que usted me hace esto, que el flujo de caja, que la unidad de caja, esas fueron siempre las discusiones y por eso nunca la Fundación pudo dar una suma determinada, porque la tasación de la misma no era posible en el sentido de que había una disparidad de criterios" subraya fuera de texto; v) "No, no que a mí me lo haya manifestado el director o cualquier otro funcionario, no porque es que la pregunta que usted me hace va un poco con todo el perdón que le digo, contrario al sentido común, el otrosí se hizo para sortear la dificultad no tendría sentido agregar un valor fijo más, entonces digamos hacemos el otro sí, agregamos un valor fijo mensual y el 50% de las utilidades, pero sí es que toda la discusión se centró precisamente en la dificultad que había para eso y lo que se hizo fue zanjar esa dificultad" subraya fuera de texto; vi) "No lo creo por una razón fundamental, recuerdo bien las discusiones como estamos reunidos aquí en esta mesa con CAPRECOM y la Fundación que toda la discusión se centraba en cómo hacemos para solucionar este problema luego exploramos la fórmula, es que la única forma de solucionar dejemos una suma fija y cómo vamos a tasar esa suma fija? Que esto que el histórico de contratación, que el histórico de facturación, que el esto, que lo otro, por qué no pensamos en el avalúo, cuál es el avalúo de la clínica y por qué no fijamos un porcentaje de ese avalúo, a eso fue a lo que llegamos, pero siempre en la discusión siempre por ejemplo CAPRECOM y la subdirección de IPS se quejaban de que no, es que nosotros vamos a Santa Marta tenemos reuniones con la Fundación y entonces con la parte financiera nunca podemos llegar a ningún acuerdo porque es que ellos hablan de unidad de caja, que los bancos, que la contabilidad, que la carga laboral que yo tengo" subraya fuera de texto; vii) "Su anuencia y aceptación, tan estuvo de acuerdo que firmó el otrosí, lo firmó, porque cuando él me requiere a mí como subdirector jurídico lo que me manifiesta es mire tenemos un problema ahí con la Fundación porque no hemos podido que nos pague, y no hemos podido porque no nos podemos poner de acuerdo sobre los excedentes financieros, entonces mire a ver cómo se soluciona eso y finalmente cuando llegamos a la fórmula yo se lo manifiesto a él, mire la única forma de salir de esto es dejar una suma fija y entonces él suscribe el otrosí" subraya fuera de texto; viii) "Solucionar ese impase contractual que había, cuál era forma de solucionarlo? Se exploraron muchas, no recuerdo pero a la que llegamos fue mire para que no haya dificultad fijemos una sola, con eso es una suma constante, fija, sobre eso no hay ninguna dificultad, cuánto me tiene que pagar usted? \$105 millones, pierda, facture, gane, no gane, se le vaya la luz, no se le vaya, háganle paro los médicos usted me tiene que pagar \$105 millones, si se gana \$10.000, \$8.000, lo que sea usted me paga \$105 millones" subraya fuera de texto.

⁶⁴ Testimonio de Heriberto Pimiento Patiño: i) "Porque la gerencia me encargó de esto, entonces eso fue lo que se dijo, entrar a dialogar, porque el contrato estaba plenamente vigente en ese momento, obviamente no para cambiar el asunto del contrato, sino para modificar las condiciones de lo que recibía CAPRECOM, de los excedentes y demás si había algo que le diera un poco más de ventaja, ventaja no, un poco más de entrada económica a CAPRECOM que en ese momento tenía grandes necesidades y como siempre lo estuvo por efectos de que la liquidez era muy poca y la demora en pagos era demasiado importante, sumado eso a la cantidad de demandas que había y a la cantidad de recursos que estaban congelados por los juzgados y que eran de CAPRECOM y que hacían mucho más difícil la operación, en lo que a CAPRECOM le competía que era la atención de los pacientes en servicios de salud" subraya fuera de texto; ii) "Quizás en ese momento no pensábamos tanto en lo baja que era, porque era sencillamente el resultado de la operación económica de la clínica, las utilidades de la operación, pero más que eso lo más preocupante era que aún eso no nos servía para mejorar cartera o por lo menos para pagar cuentas, el gasto de la clínica de Santa Marta si no estoy mal la deuda ya sobrepasaba los 360 días, era una deuda represada y no solamente allí, sino en todo el país, decían bueno aquí lo importante es mejorar los servicios a los usuarios y necesitamos conseguir los recursos y si hay la posibilidad pues busquémola" subraya fuera de texto; iii) "Comenzamos a analizar la cláusula como tal, buscando que hubiera un mejor ingreso para CAPRECOM, a fines del año 2010, la Fundación nos dijo mire hagamos una cosa, pidamos una valoración del edificio del edificio como tal al Instituto Agustín Codazzi y sobre eso pensamos en el 1% del valor como una retribución a CAPRECOM, pero obviamente quitamos la cláusula del 50% de las utilidades y entramos a un monto fijo mensual y miramos para qué se va a destinar, ya CAPRECOM decide para qué lo destina, un monto fijo que nos interesaba muchísimo porque la otra de paso las

509

El sistema de excedentes les estaba generando grandes dificultades; (ii) Como consecuencia de lo anterior, se buscó eliminar el sistema de los excedentes por una forma alternativa de remuneración; (iii) Se valoraron varias alternativas y se seleccionó un porcentaje sobre el avalúo del inmueble; (iv) El avalúo del inmueble se conoció y analizó; (v) La cifra mensual se negoció; (vi) Se realizaron distintas reuniones con el fin de determinar un valor que respondiera a los intereses de Caprecom; (vii) El representante legal de Caprecom estaba enterado de la situación, y de la eliminación del sistema de excedentes.

Si ello no fuera suficiente, el entonces director jurídico de Caprecom reconoció que la existencia de una contradicción en los textos que hace difícil su lectura se debió a una torpeza, pero que no podría ser interpretada como que se pensó que, en adición a la suma fija periódica habría otra remuneración contingente y variable, que sólo existiría la primera. Dijo el ex funcionario: "Lo atribuyo a una falta de

utilidades se liquidaban por año, por operación año y no por operación mensual. Entramos a un pago, miremos eso y miremos un elemento que nos permita objetividad en la oferta que se haga para que CAPRECOM quede contento, de hecho pidieron la valoración, se hizo la valoración y eso permitió que la Fundación nos hiciera una oferta clara un poco más de \$100 millones mensuales ingresarían ya en forma fija para CAPRECOM y que obviamente para CAPRECOM sería muchísimo más representativo que unas utilidades al final de año con un 50% que implicaba de paso un trabajo mucho más dispendioso por parte de CAPRECOM que destinaba siempre unos equipos humanos que valían bastante para desplazarlos, para revisar toda la parte financiera, hacer todo el análisis y llegar a un consenso de cuál era la utilidad del año" subraya fuera de texto; iv) "Además, ahorrábamos esa parte, ya teníamos un monto fijo en esto y definitivamente el monto ofrecido era inmensamente superior a lo que estaba recibiendo por el 50%, en los cinco años el 50% daba algo así como \$680, \$690 millones que equivalía a una suma un poco más de \$100 millones año y aquí la oferta que fue hecha por la Fundación era una oferta de más de \$100 millones, \$105 sino estoy mal mensual. De tener esto anual pasábamos a esto mensual, lo que implicaba un ingreso sustancialmente mucho más importante para CAPRECOM y lo que estábamos buscando se cumplía ampliamente, que era que esos recursos los podíamos destinar al objeto de CAPRECOM que era la prestación del servicio a los usuarios de CAPRECOM" subraya fuera de texto; v) "Sí, es decir no tuve, el contrato lo manejaba la división jurídica, la oficina jurídica y como ellos hacían parte de la junta paritaria, yo también hacía parte de la junta paritaria, obviamente yo no podía ponerme a modificar el contrato, sino que de eso se encargó a la oficina jurídica que hiciera la modificación en todo lo atinente a la forma como se comenzaba ahora a recibir por CAPRECOM el aporte de la Fundación, quitando el 50 50, eso se acababa, que implicaba no solamente un ingreso muchísimo mayor, sino que además se convino en que se dejaba aquello de que también se podía invertir en la clínica porque el objetivo principal de ese recurso era la prestación del servicio a los usuarios de CAPRECOM que servía para amortizar un poco la deuda pendiente, no obligatoriamente con la Fundación, pero infortunadamente la deuda con la Fundación era bastante grande y la necesidad de prestar servicios en Santa Marta era para nosotros fundamental porque era la clínica de referencia de una buena parte de la Costa de los afiliados a CAPRECOM, el tercer nivel un sitio de referencia" subraya fuera de texto; vi) "No, no porque fue muy clara la junta paritaria que ya no se iba a exigir información financiera porque el monto estaba definido y eso se cambiaba completamente, ya no había necesidad de información financiera porque el monto iba a ser único, tanto mensual y desplazar las comisiones a revisar esto era una cosa completamente inútil y quedó muy claro en que la Fundación quedaba completamente autónoma en el manejo de la clínica como tal, eso sí quedó claro en las actas de la junta paritaria" subraya fuera de texto; vii) "no hay necesidad de esto porque no hay que revisar utilidades, el concepto de utilidades 50 50 se acaba, es la cláusula que estábamos modificando, todo lo que dice el contrato en relación con presentación de estados financieros con todo eso hay que quitarlo porque eso ya no hay lugar de acuerdo con lo convenido, no hay lugar a mandar nada de esto y queda muy claro que se quita todo eso, se quita los del 50% y sí queda clara la estipulación del monto mensual, me dijo perfecto sí, además yo estoy enterado, conozco las actas, él estuvo en las últimas reuniones el jefe de jurídica, no sé si en la última o última y penúltima y en todo caso ya el delegado estaba ahí para enterarse de todo, más las actas de lo convenido y cuando hablé con él me dijo no, para mí es demasiado claro lo que hay que hacer" subraya fuera de texto; viii) "Soy absolutamente consciente y recuerdo muy bien el día no, de haberle comentado al doctor Mario Urán lo que habíamos convenido en la junta paritaria, antes yo le iba comentando de cada reunión, lo del monto antes se lo comenté es tal el monto, está fundamentado en tal cosa, le parece bien? Me dijo sí, sí me parece bien, bueno en la junta paritaria hagan el acta y después yo reviso, le dije perfecto, pero antes se le iba comentando detalle por detalle verbalmente no por escrito, sino detalle por detalle, le iba comentando todo lo que conveníamos, toda la propuesta que había, y después de eso ya en la junta paritaria se llegaba al acuerdo, que lo impusiera yo no, era de todos los miembros, que ninguna decisión se tomó en la junta por una persona sino por todos los miembros de la junta, no es una decisión mía personal" subraya fuera de texto.

previsión, no fuimos lo suficientemente juiciosos en mi criterio en haber de forma expresa derogado las otras cláusulas.”⁶⁵

4.2.2.4 La manera como procedió la Fundación

Los hechos que se encuentran probados, referentes a este punto, son los siguientes:

i) Se habían generado dificultades para las Partes a la hora de definir cuanto le correspondía a Caprecom⁶⁶⁶⁷⁶⁸.

ii) La Fundación identificó las dificultades⁶⁹⁷⁰.

⁶⁵ Testimonio de Orlando Carvajal, realizado en audiencia del 24 de mayo de 2017.

⁶⁶ Carta de la Fundación del 7 de diciembre de 2010: “Teniendo en cuenta las dificultades administrativas por las posiciones encontradas de la auditoría de Caprecom y de la FCV en cuanto a la interpretación del clausulado del contrato en lo que tiene que ver con el manejo de cuentas y la pertinencia de algunos costos y gastos, que se traduce en que no haya autonomía administrativa para la FCV (...)”.

⁶⁷ Lo dicho por el señor Castillo en la audiencia del 17 de mayo del año en curso: “..... dijeron vea estamos de acuerdo hay mucha dificultad administrativa en poder liquidar ese contrato porque los operativos de CAPRECOM tenían un criterio y nosotros teníamos otro y era imposible llegar a un acuerdo...”

⁶⁸ “Cuando me desempeñé como subdirector jurídico tuve en el ejercicio de mis funciones por requerimiento del entonces director general de CAPRECOM el doctor Mario Andrés Urán, que ver con el tema contractual y debo decir para contextualizar que el director de ese entonces doctor Urán, me manifestó que se estaba teniendo mucha dificultad para establecer la remuneración que debía reconocer la Fundación Cardiovascular a CAPRECOM en virtud del contrato suscrito con la misma y cuyo objeto consistía en la operación que hacía la Fundación Cardiovascular de la clínica nuestra en Santa Marta” (Testimonio de Orlando Carvajal, realizado en audiencia del 24 de mayo de 2017).

⁶⁹ Pie de página 43.

⁷⁰ Lo dicho por la señora CARMEN JUDITH JAIMES DELGADO en la audiencia del 17 de mayo del año curso: “En el año 2006, 2007, 2008, 2009, 2020 y 2011 participé en unas auditorías que hacía CAPRECOM, las contadoras de CAPRECOM al contrato 250, hubo unas discrepancias por el manejo de la información contable porque ellos siempre aducían que debíamos tener toda la contabilidad separada (...) Tratamos siempre de demostrarle que la contabilidad estaba separada porque nosotros abrimos una contabilidad como un centro de costos aparte, yo porque igual soy la contadora de la Fundación, se manejó la información aparte y siempre hubo una discrepancia con el tema financiero, la Fundación Cardiovascular siempre ha manejado la caja como una sola unidad y siempre fue parte de las cosas que teníamos como discrepancia con ellos (...) La principal fue que siempre se aducía que no teníamos una contabilidad separada, nosotros a ellos les demostramos que si teníamos la contabilidad separada pero siempre hubo un problema y es porque nosotros teníamos una sola unidad de caja y esa unidad de caja lo que hacía era que a nivel corporativo se manejaban los préstamos bancarios, a nivel corporativo los pagos a los diferentes proveedores y demás, pero siempre un solo banco o los bancos que en ese momento estaban, pero no un único banco específico para Santa Marta, nosotros igual les explicábamos que independientemente de que no existía un banco separado si estaba la contabilidad separada porque igual si algunas veces nos pagaban y nos decían estas son las facturas que corresponden al centro de costos de Santa Marta, se hacía su ingreso en el centro de costos de Santa Marta y entraba al banco vs. el pago de la cartera y se explicaba mucho, pero lo que ellas querían era como ver el extracto bancario y poder verificar la conciliación bancaria y poder verificar que efectivamente los pagos eran (...) Muchas de las cosas que les decíamos es que era muy difícil para nosotros, incluso le decíamos a la EPS y aun igual tenemos ese inconveniente, uno le dice a las EPS díganos qué factura nos pagan y es muy difícil en este sector pagan y nunca dicen las facturas hasta cuando posterior hay conciliación es que a veces sale en el listado las facturas pero por lo menos ahorita tenemos muchas consignaciones, muchos pagos que se dice bueno pagó la Nueva EPS pero no nos dicen qué facturas son hasta que se hacen conciliaciones y lastimosamente hasta que ellos quieren mandarnos ese listado (...) Entonces muchas de ellas decían mire aquí está en la cartera, estas son las conciliaciones, los pagos cuando son de Santa Marta porque igual al tenerlos separados no los teníamos que hacer el ingreso por separado de Santa Marta para poder descargar la cartera, pero esa fue como la principal discrepancia y siempre fue que no teníamos separada la contabilidad, nosotros les mostramos los comprobantes de contabilidad que se iba al centro de costos de Santa Marta, que igual la contabilidad siempre un débito, un crédito, entonces entraba el banco y fue la principal discrepancia (...) Había otras que fueron unos registros que nosotros hicimos por el déficit de flujo de caja, como la Fundación manejó una sola caja, nosotros hicimos un ejercicio mensual de la caja qué estaba ingresando, qué consignaciones había pendientes por

iii) La Fundación, para solucionar la problemática presentada, ofreció cambiar la remuneración por una suma fija mensual⁷¹⁷²⁷³.

iv) Se llevaron las propuestas a la junta paritaria y se explicaron⁷⁴⁷⁵.

identificar, qué pagos estaban si sabíamos de qué entidad eran y se hacía una distribución porcentual según el saldo de cartera que tenía cada una de las unidades dependiendo de la entidad los pagos que estábamos haciendo de los gastos que estaban generando el centro de costos de Santa Marta y daba el déficit de la caja (...) Nosotros calculábamos un porcentaje como si fuera un interés, como si fuera un porcentaje de pagar al banco, igual siempre daba un déficit de caja allá en Santa Marta se calculaba ese porcentaje y se demostraba, pero igual tampoco, fue otra de las peleas porque igual no había una obligación financiera como tal creada en Santa Marta (...) Nosotros manejamos unas cuentas corrientes como decía el manejo entre sucursal y subsidiaria en que en el momento en que la una no tenía al sacar del banco del corporativo que es la parte donde la Fundación maneja todo lo que es bancario se trasladaba a los bancos para poder desde el centro de costos Santa Marta pagar y se demostraban esas cuentas que ahí estaba ese traslado, pero nunca fue posible que ellas nos entendieran ese proceso por el hecho de que igual nosotros la Fundación no hizo la obligación financiera separada, se le explicaba que igual para la Fundación también iba a ser costos adicionales al crear bancos y tener que hacer transferencias bancarias porque igual no iba a generar 4 X 1.000 que no había necesidad si de todos modos ahí se demostraba que si efectivamente, igual a nosotros en ningún momento nos interesaba decir no vamos a mostrar la realidad de la cartera allá en Santa Marta porque eso es lo que realmente genera la caja, el pago de la cartera (...) Ese fue otro punto, entonces parte de cuando se liquidaron los excedentes ese flujo de caja, incluso nos decían es que ustedes no pueden registrar intereses porque ustedes no le pueden cobrar intereses al sector público, les decíamos es que nosotros no estamos cobrando intereses al sector público, sino es el mismo ejercicio del hecho de que es una empresa y que es una empresa la cual no tiene caja y a la cual nosotros la Fundación porque parte de la cosas que la Fundación tenía que aportar era el capital de trabajo.

⁷¹ Carta de la Fundación del 7 de diciembre de 2010: "...proponemos como modificación estructural a la minuta suscrita modificar la participación de Caprecom, para que no sea un porcentaje de los excedentes sino un valor fijo mensual el cual sería indexado anualmente y se pactaría de acuerdo entre las dos partes, cuyo monto responda a las expectativas mutuas".

⁷² "...propusimos inicialmente un cambio que fue aceptado por CAPRECOM (...) en esa imposibilidad hicimos la propuesta que fue aceptada por CAPRECOM y se firmó el otro sí para poder corregir esa dificultad que era esencialmente poder tener una administración mucho más tranquila, era mucho más fácil pagar una fija mensual la compensación correspondiente a CAPRECOM que era mucho más de lo que le estábamos pagando" (Lo expuesto por el señor Castillo en la audiencia del 17 de mayo del año en curso).

⁷³ Comunicación de diciembre 29 de 2010: "En relación al contrato en referencia suscrito para la administración por parte de la FCV de la antes mencionada Clínica José María Campo Serrano ubicada en la ciudad de Santa Marta, conociendo la disposición de Caprecom en modificar el numeral 7.2 de la cláusula SEPTIMA. Excedentes y pérdidas y con el propósito de avanzar en las gestiones correspondientes nos permitimos hacerles una propuesta de participación mensual para Caprecom equivalente al 1% del valor del avalúo del inmueble que efectúe el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (...) Hemos solicitado al Instituto Geográfico Agustín Codazzi que proceda a efectuar el avalúo correspondiente, el cual actualmente está en trámite y esperamos nos sea reportado por ellos el mes de enero. Si a ustedes les parece pertinente podremos sentarnos a acordar no solo el porcentaje, sino también las modificaciones que por la nueva modalidad de participación habría que efectuar a las demás cláusulas del contrato".

⁷⁴ "Entramos a un pago, miremos eso y miremos un elemento que nos permita objetividad en la oferta que se haga para que CAPRECOM quede contento, de hecho pidieron la valoración, se hizo la valoración y eso permitió que la Fundación nos hiciera una oferta clara un poco más de \$100 millones mensuales ingresarían ya en forma fija para CAPRECOM y que obviamente para CAPRECOM sería muchísimo más representativo que unas utilidades al final de año con un 50% que implicaba de paso un trabajo mucho más dispendioso por parte de CAPRECOM que destinaba siempre unos equipos humanos que valían bastante para desplazarlos, para revisar toda la parte financiera, hacer todo el análisis y llegar a un consenso de cuál era la utilidad del año" (Dr Pimiento – 17 de mayo de 2017).

⁷⁵ Acta de reunión del 5 de abril de 2011: "Existe por parte de la Fundación Cardiovascular de Colombia una propuesta para modificar la Cláusula Séptima del Contrato 250 de Diciembre de 2006, cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales para la Administración de la Clínica denominada José María Campo Serrano denominada hoy por la Fundación Instituto del Corazón Santa Marta, bajo la dirección y responsabilidad exclusiva de la Fundación Cardiovascular de Colombia, con toda autonomía y actuando a su nombre en todos los casos.

De igual manera se reitera la propuesta de la Fundación de reconocer a título de excedente de la operación de la IPS el 1,5% fijo mensual del avalúo del inmueble.

- iv) Se propuso un porcentaje del avalúo⁷⁶⁷⁷.
- v) Se aceptó la propuesta.
- vi) Se propuso el corte de cuentas: se hizo y se pagó lo pendiente⁷⁸.

4.2.2.5 La manera como procedió Caprecom

Los hechos que se encuentran probados, referentes a este punto, son los siguientes:

- i) Surgieron las dificultades que tenía la fórmula contingente⁷⁹.
- ii) El directo de Caprecom designó un responsable que adelantara las negociaciones con la Fundación para el cambio de la remuneración⁸⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior se solicita definir un término de tiempo para que Caprecom haga su propuesta y poder llegar a un punto de negociación con la Fundación Cardiovascular”.

⁷⁶ Lo dicho por Heriberto Pimiento en la audiencia: “Comenzamos a analizar la cláusula como tal, buscando que hubiera un mejor ingreso para CAPRECOM, a fines del año 2010, la Fundación nos dijo mire hagamos una cosa, pidamos una valoración del edificio del edificio como tal al Instituto Agustín Codazzi y sobre eso pensamos en el 1% del valor como una retribución a CAPRECOM, pero obviamente quitamos la cláusula del 50% de las utilidades y entramos a un monto fijo mensual y miramos para qué se va a destinar, ya CAPRECOM decide para qué lo destina, un monto fijo que nos interesaba muchísimo porque la otra de paso las utilidades se liquidaban por año, por operación año y no por operación mensual. Entramos a un pago, miremos eso y miremos un elemento que nos permita objetividad en la oferta que se haga para que CAPRECOM quede contento, de hecho pidieron la valoración, se hizo la valoración y eso permitió que la Fundación nos hiciera una oferta clara un poco más de \$100 millones mensuales ingresarían ya en forma fija para CAPRECOM y que obviamente para CAPRECOM sería muchísimo más representativo que unas utilidades al final de año con un 50% que implicaba de paso un trabajo mucho más dispendioso por parte de CAPRECOM que destinaba siempre unos equipos humanos que valían bastante para desplazarlos, para revisar toda la parte financiera, hacer todo el análisis y llegar a un consenso de cuál era la utilidad del año”.

⁷⁷ Pie de página 49.

⁷⁸ Sobre este punto, revisar las pruebas reseñadas en el numeral 4.2.2.7.

⁷⁹ “Cuando me desempeñé como subdirector jurídico tuve en el ejercicio de mis funciones por requerimiento del entonces director general de CAPRECOM el doctor Mario Andrés Urán, que ver con el tema contractual y debo decir para contextualizar que el director de ese entonces doctor Urán, me manifestó que se estaba teniendo mucha dificultad para establecer la remuneración que debía reconocer la Fundación Cardiovascular a CAPRECOM en virtud del contrato suscrito con la misma y cuyo objeto consistía en la operación que hacía la Fundación Cardiovascular de la clínica nuestra en Santa Marta” (Testimonio de Orlando Carvajal, realizado en audiencia del 24 de mayo de 2017).

⁸⁰ “DR. CARVAJAL: Cuando me desempeñé como subdirector jurídico tuve en el ejercicio de mis funciones por requerimiento del entonces director general de CAPRECOM el doctor Mario Andrés Urán, que ver con el tema contractual y debo decir para contextualizar que el director de ese entonces doctor Urán, me manifestó que se estaba teniendo mucha dificultad para establecer la remuneración que debía reconocer la Fundación Cardiovascular a CAPRECOM en virtud del contrato suscrito con la misma y cuyo objeto consistía en la operación que hacía la Fundación Cardiovascular de la clínica nuestra en Santa Marta. Entonces me manifestó, me dio unas directrices, dentro de las directrices que me indicó estaban las de estudiar la posibilidad de hacerle un otrosí al contrato para que se estipulara en ese otrosí y que quedara en el mismo una remuneración fija por cuando la dificultad que se estaba teniendo era que como estaba redactado el contrato no era claro cómo eran los excedentes financieros, si bien estaba estipulado el porcentaje si mal no recuerdo, no estaba establecido en el contrato suscrito con la Fundación la forma para establecer esos excedentes financieros.

Entonces nunca se pudieron poner de acuerdo, en ese entonces qué se intentó en reuniones previas con las comisiones tripartitas? Llegar a establecer un monto fijo que se debía reconocer por parte de la Fundación a CAPRECOM.

DR. ARCHILA: Cuando él le dio esas directrices se las dio sólo a usted o se las dio a otros funcionarios de CAPRECOM?

DR. CARVAJAL: Digamos que como subdirector jurídico funcionalmente era el encargado de (como facilitar) las controversias jurídicas que pudieran suscitarse en los contratos que manejaba CAPRECOM, entonces qué me dice el doctor Urán? Mire tengo dificultad en esto, coordine con la subdirección de IPS pero lidere usted el tema para que se modifique el contrato, se le

- iii) Se analizaron las alternativas⁸¹.
- iv) Se seleccionó un porcentaje del avalúo⁸².
- v) Se negoció el alza del porcentaje⁸³.
- vi) Llevaron el tema a la junta y se tomaron decisiones⁸⁴⁸⁵.

4.2.2.6 La junta paritaria

En la cláusula trigésima cuarta del contrato 0250 se pactó que "... toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución o terminación, a su liquidación, a su liquidación y al cumplimiento de

haga un otrosí y usted me está informando, entonces previamente se citó a la Fundación, yo compartí la información con la subdirección de IPS de CAPRECOM y se hicieron unas reuniones previas que desembocaron en la redacción y suscripción del otrosí al contrato" (Testimonio de Orlando Carvajal realizado en audiencia del 24 de mayo de 2017).

⁸¹ Revisar pie de página 52.

⁸² "DR. CARVAJAL: Esas reuniones fueron si mi memoria no me falla en la subdirección de IPS, en la subdirección jurídica participó la Fundación, participó la subdirección de IPS del subdirector de la época que designó a un doctor ahorita el nombre se me escapa como delegado y él estaba siendo parte de la junta tripartita para que estudiáramos todos los antecedentes y llegáramos a un acuerdo final de la ejecución del otrosí.

DR. ARCHILA: En el entendimiento que tuvo usted del acuerdo a que llegaron consistió en qué?

DR. CARVAJAL: Básicamente en que no hubiera ninguna duda y establecer una suma fija de remuneración.

DR. ARCHILA: Cómo se determinaba esa suma?

DR. CARVAJAL: Finalmente después de las reuniones se tuvo en cuenta el avalúo de la clínica, entonces por intermedio de ese avalúo se tasó una suma fija que si mi memoria no me falla está por el orden de los \$1105, \$104 millones.

DR. ARCHILA: Esa remuneración fija era retroactiva desde el inicio del contrato o a partir de la firma del otrosí?

DR. CARVAJAL: Creo que a partir de la firma del otrosí.

DR. ARCHILA: Qué se acordó en el entendimiento suyo de la remuneración que se había causado desde el momento del contrato hasta el momento del otrosí?

DR. CARVAJAL: Yo qué entiendo? Y debo aclarar que es una interpretación personal, digamos si a dificultad estribaba en la falta de criterios uniformes tanto de CAPRECOM como de la Fundación para mirar esos excedentes financieros, eso se zanjó en el sentido de dejar una suma fija, mire no breguemos más porque es que frente a los excedentes financieros usted me dice que usted me va a incorporar esto, que usted me tiene en cuenta esto, hay dificultad, entonces para que no haya esa dificultad tasamos una suma fija y se tuvo en cuenta el avalúo" (testimonio de Orlando Carvajal – audiencia del 24 de mayo de 2017).

⁸³ Remitirse al anterior pie de página.

⁸⁴ "Esas reuniones fueron si mi memoria no me falla en la subdirección de IPS, en la subdirección jurídica participó la Fundación, participó la subdirección de IPS del subdirector de la época que designó a un doctor ahorita el nombre se me escapa como delegado y él estaba siendo parte de la junta tripartita para que estudiáramos todos los antecedentes y llegáramos a un acuerdo final de la ejecución del otrosí" (Testimonio de Orlando Carvajal);

⁸⁵ "DR. CARVAJAL: Es que esas discusiones no se dieron, en qué sentido? Todas las discusiones que se dieron al interior cuando yo participé de las juntas paritarias cómo vamos a hacer para ponemos de acuerdo en relación con lo que la Fundación debe pagarle a CAPRECOM por el usufructo de la clínica, cómo vamos a hacer?

Entonces retomábamos todo el proceso dispendioso, engorroso de que sí que es que vamos a la clínica nos reunimos con la financiera, no nos ponemos de acuerdo, la fundación dice que es que CAPRECOM maneja la contabilidad y entonces ahí estaba la discusión.

Cómo vamos a salir de eso? Ahora bien se exploraron distintas fórmulas, a qué llegamos? No será que la mejor fórmula para salir de impase contractual es dejar... estamos de acuerdo o no? Señores de la Fundación si estamos nosotros en CAPRECOM de acuerdo, qué le transmití yo al director de entonces?

Vea doctor Mario Andrés la única fórmula que hay para salir adelante de ese problema contractual es si, dejemos una suma fija con eso no hay ninguna discusión, digamos el 30 de cada mes ya está claro que lo que la Fundación tiene que pagarle a CAPRECOM son los \$105 millones (testimonio de Orlando Carvajal realizado el 24 de mayo de 2017).

cualquiera de las obligaciones señaladas en el mismo, será llevada en primera instancia a una Junta paritaria integrada por representantes de CAPRECOM y EL CONTRATISTA, la cual facilitará la solución entre las partes de las controversias a que hubiere lugar”.

Así las cosas, se evidencia que la junta⁸⁶ es un mecanismo de solución de controversias directo constituido por las Partes. Que tiene total trascendencia y relevancia en la relación jurídica pues es el primer mecanismo para desatar cualquier litigio que se pueda presentar.

De la lectura de las actas de junta paritaria se observa que:

- i) Se estaban presentando dificultades como consecuencia de la remuneración pactada en el contrato No. 0250⁸⁷⁸⁸.
- ii) Se ventilaron alternativas⁸⁹.
- iii) Se negoció el valor y se implementó⁹⁰
- iv) Se procedió a liquidar los pendientes, como se procederá a estudiar en el numeral siguiente.

En las actas de junta paritaria, se observa entonces, que la intención era cambiar el sistema de remuneración de los excedentes a una suma fija mensual.

4.2.2.7 El pago de lo pendiente a la fecha del otrosi

Las partes realizaron un corte de cuentas, con el objetivo de darle paso a la nueva remuneración, y así liberarse de la vieja. A esta conclusión se llegue a partir de lo siguiente:

- i) En el acta de la junta paritaria del 26 de julio de 2015 se señaló que: la remuneración por el sistema de excedentes estuvo vigente hasta 14 de julio de 2011⁹¹; se liquidaron los excedentes que le corresponden a Caprecom de 2007 a 2011⁹²; la liquidación de los excedentes se pagará con equipos⁹³.

⁸⁶ “DR. PINO: En qué consistía el mecanismo de las juntas paritarias para solventar las dificultades que se generaran con ocasión de la ejecución del contrato?

DR. CARVAJAL: Las juntas paritarias fueron previstas en el contrato inicial por parte de la Fundación y por parte de CAPRECOM, digamos mediante esas juntas paritarias se solucionaban las dificultades de ejecución del contrato.

DR. PINO: Cómo se designaban las juntas paritarias, cómo recuerda usted que se designaban?

DR. CARVAJAL: Esas las designaba el director.

DR. PINO: El director?

DR. CARVAJAL: Digamos el director por intermedio de las subdirecciones, en este caso de la subdirección de IPS donde estaba a cargo el doctor Mario Posada” (testimonio de Orlando Carvajal realizado el 24 de mayo de 2017).

⁸⁷ “La finalidad de esta junta Paritaria es realizar un inventario de los distintos aspectos que han venido generando controversia entre las partes durante la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales Nro. 250, en el período anterior a la suscripción del Otrosi del 11 de julio de 2011 (Acta de la junta paritaria entre Caprecom y la Fundación del 26 de julio de 2011).

⁸⁸ Remitirse al pie de página 58.

⁸⁹ Remitirse al pie de página 51, 52 y 56.

⁹⁰ Remitirse a pie de pagina 58.

⁹¹ “Teniendo en cuenta que la modalidad de contraprestación para CAPRECOM con base en los excedentes estuvo vigente hasta el 14 de julio de 2011 (...)”.

⁹² “(...) funcionarios del área contable procedieron a liquidar los excedentes del proyecto que corresponde a esta fecha (14 julio de 2011), arrojando como resultado de \$688'451.000 (...).

ii) Mediante acta de la junta paritaria⁹⁴ del 23 de noviembre de 2011 se aprobó el inventario de los bienes que serían entregados como liquidación de los excedentes que le correspondían a Caprecom de 2007 a 2011.

Lo que permite concluir, con mayor razón, que la verdadera intención era cambiar el sistema de remuneración a uno fijo mensual pues precisamente realizaron todos los trámites contables y financieros con el fin de dar por terminadas las sumas pendientes bajo la remuneración de excedentes de la operación.

4.2.2.8 La ejecución por las Partes

En el artículo 1622 del Código Civil se señala como regla de interpretación la conducta de las partes respecto de las obligaciones a su cargo. En efecto, "[n]o en vano, la ejecución o la apellidada aplicación práctica del negocio jurídico es una diamantina autorizada a manera de interpretarlo, nada menos que por parte de los propios contratantes, quienes están legitimados para darle una lectura especial a través de los actos o hechos a su cargo en clara demostración que 'valen más que mil palabras', como de antiguo la sentencia el adagio popular, y como lo explicita la doctrina especializada"⁹⁵.

En este caso se evidenció que las partes ejecutaron el contrato en la forma como este Árbitro entiende el otro sí. Caprecom⁹⁶ en tres años no solicitó los excedentes ni ningún tipo de información contable con el propósito de determinarlos.

4.2.2.9 No existió incumplimiento y no procede ninguna orden

La tarea de este Tribunal, en lo que tenía que ver con la interpretación del contrato, respondía a la definición de la voluntad real de las partes al momento de contratar, y solo si, no se lograba evidenciar cuál era la verdadera intención, se debía acudir a los criterios subsidiarios de interpretación incorporados en el Código Civil. Lo que no sucedió. En realidad, las pruebas que obran en el expediente permiten concluir que las Partes querían eliminar la remuneración variable y contingente que traía la cláusula 7.2. Así, debe

⁹³ "Igualmente se ratifica el acuerdo relacionado con la forma de pago de las utilidades antes mencionadas y la que se refiere el acta anterior de la Junta Paritaria, en el sentido de que la Fundación Cardiovascular de Colombia para el efecto se entregará en propiedad a CAPRECOM los equipos sobre los cuales sobre los cuales la Fundación había venido cobrando alquiler con cargo al proyecto y que al día de hoy está funcionando en la Clínica".

⁹⁴ "Igualmente la junta paritaria se ocupa del tema de inventarios tratados en el acta anterior. Se anexa a la presente acta copia del acta suscrita entre funcionarios de Caprecom y la Fundación Cardiovascular con base en la visita e inventario físico realizado por la ingeniera Diana Carolina Florez, funcionaria de Caprecom. Así mismo se incorpora a la presente acta los anexos correspondientes. Se aclara que el anexo No. 4 referido en el acta de inventarios corresponde a los equipos que la Fundación Cardiovascular de Colombia entrega a Caprecom como pago por las utilidades que arrojó la operación del proyecto desde su inicio hasta el 14 de Julio de 2011, los cuales seguirán siendo utilizados por la Fundación Cardiovascular de Colombia, hasta la fecha de terminación del contrato y entrega de la Clínica".

⁹⁵ Carlos Ignacio Jaramillo, *Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los Contratos*, 1era ed. (Bogotá: Editorial Ibañez, 2016).

⁹⁶ Testimonio de Víctor Raúl Castillo: "Entonces en ese articulado en el mismo otrosí desaparecen todas las obligaciones de presentar información financiera que CAPRECOM lo entendió así y nunca nos volvió a solicitar la presentación de dichos documentos, entonces eso por más de tres años que estuvimos pagando esa compensación fija CAPRECOM lo aceptó, nunca volvió a pedir eso y en otro comité paritario lo refiere como tal".

⁹⁷ Como se puede observar en los pies de página 4,5 y 6. Caprecom desde el 2011 no había solicitado ni información contable, ni los excedentes. Solo lo empezó a hacer en el 2015, requiriendo entonces la información de los años pasados. Lo que coincide con el momento en el que la Procuraduría pone de presente la no eliminación de la cláusula 7.2".

entenderse por eliminada en lo referente a que a Caprecom le corresponde el 50% de los excedentes, razón por la cual no procede ninguna de las órdenes solicitadas al Tribunal por no demostrar el supuesto requerido para su generación.

5. Sobre las excepciones

5.1 Sobre las excepciones presentados por Caprecom

5.1.1 Sobre el punto 1.3.1 El contrato 0250 de 21 de diciembre y el otrosí están ajustados a derecho

Caprecom sustenta esta excepción, bajo el entendido que "...de acuerdo con la ley, todas las estipulaciones que lo conforman y que se rigen de acuerdo a los pactado contractualmente, solo puede entenderse en el sentido natural y obvio, según el uso general de las palabras con las que se redactó y no con la visión acomodaticia para eludir parcialmente el pago de una contraprestación por la explotación de una unidad hospitalaria de propiedad de CAPRECOM – EICE EN LIQUIDACIÓN".

Para abordar correctamente esta excepción, entonces, es preciso entender que, contrario a la caracterización que pretendió hacer el apoderado de Caprecom, en este caso en particular no se trata de una cláusula diáfana y perfectamente clara que se deba confrontar con la intención de las partes al momento de contratar. No estamos en un caso en que, de una parte se tenga que el texto del otrosí diga diáfamanamente que se mantiene la remuneración contingente y variable que se adiciona a una fija y periódica y de otra una voluntad de que eso no fuera así.

No. Como se ha visto arriba, las Partes del otrosí fueron todo menos claras en su redacción. La redacción es ambigua, contradictoria y muy difícil de entender, conteniendo pasajes y previsiones que irían en dirección a la adición de las dos maneras de remuneración, específicamente la expresión sobre que las partes no re-redactadas se mantienen igual al contrato original y muchas otras en el sentido opuesto.

Así, como se explicó en detalle antes, no hay duda para el Árbitro que, por expreso mandato de la ley, para interpretar un contrato, se debe primero acudir a la intención de las Partes al momento del otrosí.

De acuerdo a lo expuesto en líneas precedentes, el juez, y en este caso el Árbitro, tiene la obligación de interpretar el contrato cuando las partes así se lo soliciten y para ello en el Código Civil se ordena al intérprete que lo primero que haga sea determinar la voluntad real de las partes al momento de contratar. No es correcto que las partes, so pretexto de estar consagrado en el contrato, se deban estar única y exclusivamente a lo pactado, pues, a riesgo de ser reiterativo, el legislador permitió que el juez analizara el contrato de acuerdo a la intención de las partes. Y si se logra demostrar cuál fue, a eso se deben atener máximo cuando se trata de una controversia como se describió.

Por tanto y con fundamento en las consideraciones hechas sobre la correcta interpretación del otrosí, la excepción no prosperará.

5.1.2 Sobre el punto 1.3.2 El incumplimiento de la Fundación Cardiovascular de Colombia, justifica y enerva la nueva pretensión tercera de la demanda reformada

Este Árbitro no se pronunciará respecto de esta excepción, en la medida que no está facultado para valorar, por fuera del proceso liquidatorio, el acaecimiento de la compensación.

Caprecom sustenta esta excepción bajo el entendido que “[e]l incumplimiento de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA (...) enerva la nueva PRETENSIÓN TERCERA DE LA DEMANDA REFORMADA, respecto de porque CAPRECOM no hizo el cruce de cartera y compensación de créditos entre el mes de junio de 2015 y hasta el 28 de diciembre de 2015, cuando se profirió el Decreto 2519 que ordenó la supresión de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES ‘CAPRECOM’, y la iniciación de un trámite de liquidación”.

Como se analizó en líneas precedentes, la valoración respecto de la compensación alegada por la Fundación debe ser resuelta en el proceso de la liquidación pues de lo contrario se desconocería el principio de igualdad de los acreedores.

5.1.3 Sobre el punto 1.3.3. Falta de competencia para alterar el proceso concursal de la liquidación de Caprecom

En la forma como se resolvió la petición correspondiente es consistente con lo que se argumenta.

Caprecom sustenta esta excepción, bajo el entendido que “[l]a nueva PRETENSIÓN TERCERA DE LA DEMANDA REFORMADA, respecto de que se ordene a CAPRECOM – EICE EN LIQUIDACIÓN el cruce de cartera y compensación de créditos que no se hizo efectivo entre el mes de junio de 2015 y hasta el 28 de diciembre de 2015, cuando se profirió el Decreto 2519 que ordenó la supresión de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES ‘CAPRECOM’, y la iniciación de un trámite de liquidación, va en contravía del ordenamiento legal y el Árbitro Único carece de competencia para alterar el proceso concursal de la liquidación.”

En líneas precedentes, se han manifestado las razones por las cuales este Árbitro no puede acceder a la pretensión tercera de la demanda principal, dentro de lo que se encuentra: en virtud del principio de igualdad todos los acreedores deben acudir al proceso liquidatario para la consecución de sus créditos; se prohíbe realizar compensaciones a partir de la liquidación, estando solo facultado para ello, el liquidador.

5.1.4 Sobre el punto 1.3.4 La conducta de la Fundación Cardiovascular de Colombia es contraria a la buena fe

Caprecom sustenta esta excepción bajo el entendido que “[l]a FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA se encuentra explotando un activo de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, la Clínica JOSE MARÍA CORDOBA SERRANO, ubicada en la ciudad de Santa Marta, explotación por la que tiene la obligación de reconocer y pagar todas las contraprestaciones pactadas. La buena fe comprende para las partes un catálogo de obligaciones que éstas deben observar y que empiezan por no desconocer lo literalmente señalado como obligación a cargo de los contratantes.”

Frente a ello, de la manera que ya se detalló arriba, en el caso que nos ocupa no se acreditó que la Fundación hubiera dejado de cumplir lo pactado en punto a las compensaciones y no se acreditó que hubiera actuado de mala fe.

5.1.5 Sobre el punto 1.3.5 La Fundación Cardiovascular de Colombia está violando el principio venire contra factum proprium.

Caprecom sustenta esta excepción bajo el entendido que “[a] las partes no les es lícito retractarse o negar de lo que han negociado, convenido, aceptado, hecho u omitido hacer, pues ello sería violatorio del principio de la buena fe contractual”.

Esta figura consiste en que no se puede ir en contra de los actos propios.⁹⁸ Sin embargo, en el caso bajo examen, la Fundación no desplegó ningún acto, ni le generó determinada confianza a Caprecom respecto

⁹⁸ Sobre este principio, la Corte Constitucional enseña que:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo ‘Venire contra pactum proprium nellí conceditur’ y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que esta dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.

En la doctrina y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del **acto propio**, es así como la Corte Constitucional en la T-475/92 dijo:

“La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. En las gestiones ante la administración, la buena fe se presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (**venire contra factum proprium**), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención judicial para calificar la actuación pública según las

de la consagración de dos sistemas de retribución –fijo mensual y excedentes- pues esta última participó en la negociación, y sabía la intención pretendida por ambos, consistente en dejar un sistema fijo mensual como contraprestación. Más allá, la manera como las Partes actuaron durante los primeros 3 años luego de la firma del otrosí, fue consistente con la posición de la Fundación y alejada de lo que ahora entiende Caprecom. Entonces, no encuentra el Tribunal que la Fundación hubiese pretendido desconocer sus actos.

5.2 Sobre las excepciones de mérito presentadas por la Fundación:

La defensa desplegada por el demandado se concreta en las excepciones: “Esa defensa –concepto genérico- la puede adelantar el demandado por medio de las excepciones llamadas perentorias, de fondo o de mérito, las cuales se dirigen básicamente a desconocer las pretensiones del demandante, por inexistente o inoportunas (...) Cuando el demandado se opone, es porque interpone excepciones y si alguna disposición utiliza el término como si se tratara de un concepto diverso, incurre en notable imprecisión técnica que no da pie para formular una teoría que sostenga que la oposición es una conducta diversa a la presentación de excepciones, tal como sucede con el artículo 470 del C. de P.C. en el que algunos creen encontrar la base para realizar esa sutil diferenciación”⁹⁹.

Siguiendo esta línea lógica, al no encontrar este Tribunal mérito alguno a las pretensiones solicitadas por Caprecom en su demanda de reconvencción, se abstendrá de pronunciarse de forma concreta sobre cada una de las excepciones propuestas. Ya que, al tratarse de un medio de defensa en contra de las pretensiones del demandante en reconvencción, y por no encontrar configurado ninguno de los supuestos descritos en las normas que generara el efecto de reconocimiento favorable de aquellas, resulta irrelevante su pronunciamiento. Cosa distinta sería, si se hubiese encontrado probado alguno de los supuestos alegados por el accionante en reconvencción.

Capítulo Tercero: Juramentos estimatorios

En este proceso ambas Partes, en su calidad de demandante y demandante en reconvencción, prestaron el juramento estimatorio que exige el art. 206 del C.G.P., modificado por el art. 13 de la ley 1743 de 2014¹⁰⁰. Ninguna de las Partes objetó el juramento estimatorio prestado por su contraparte.

circunstancias jurídicas y fácticas del caso.”⁹⁹ (Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁹⁹ Hernán Fabio López, *Instituciones de Derecho Procesal Colombiano*, 10ma ed., vol. I. Bogotá : Dupre Editores, 2009, 553.

¹⁰⁰ “Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las

520

El citado artículo 206 contempla la imposición de una sanción a cargo de quien efectúa un juramento estimatorio, cuando la suma estimada excede en el 50% a la suma que resulte probada, o cuando se nieguen las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los perjuicios.

El Tribunal considera que en este proceso no procede la imposición de la sanción para ninguna de las Partes porque la causa del fracaso de las pretensiones condenatorias de la reforma de la demanda como de la reforma de la demanda de reconvencción, no fue la ausencia de prueba de los perjuicios invocados, sino la improsperidad o fracaso de las respectivas pretensiones del incumplimiento contractual alegado, a lo que debe añadirse que ni la Convocante ni la Convocada actuaron con temeridad o mala fe en la estimación de los perjuicios.

En este sentido sea del caso mencionar que en la Sentencia C-157 de 2013 la Corte Constitucional declaró exequible el párrafo original del art. 206 del C.G.P.,¹⁰¹ más estricto que el actual, "bajo el entendido de que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios–, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado."¹⁰²

Capítulo Cuarto: Costas

En los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso se dispone que "[l]as costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho", que "...serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, .." y para su condena nos debemos sujetar "... a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. (...). 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (...). 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. 8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

En el presente caso, se pone de presente que el balance del arbitraje no favorece estrictamente a ninguna de las Partes, en la medida que tanto las pretensiones de la reforma de la demanda como las de la

expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

¹⁰¹ "Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas."

¹⁰² Sentencia del 21 de marzo de 2013.

reforma de la demanda de reconvención resultaron negadas, es decir que, dicho de otra forma, en el balance no resulta estrictamente una parte vencida.

Por lo anterior, acudiendo a un criterio de razonabilidad, el Tribunal se abstendrá de hacer condena en costas, considerando no solo el resultado del proceso, sino, además, la circunstancia de que no hay tacha en la conducta procesal de la Partes o de sus apoderados, quienes por el contrario, actuaron a todo lo largo del proceso con apego a la ética y al profesionalismo que era esperable de ellos.

Dicho lo anterior, y considerando que ambas Partes consignaron completa y oportunamente las sumas a su cargo, se sigue que cada una de ellas habrá de asumir las expensas en que incurrió con motivo de este arbitraje.

De otro lado, se advierte que el pago de la partida de gastos y honorarios fijados en favor de la perito, Ana Matilde Cepeda, está radicado en cabeza de Caprecom, en los términos de cuantía y plazo indicados en el Auto 13 del 17 de mayo de 2017 y en el Auto 19 del 6 de septiembre del mismo año.

Finalmente, en caso de existir un sobrante de la partida "Gastos varios secretaría y otros", este se reintegrará a las Partes por mitades.

Capítulo Quinto: Parte resolutoria

En mérito de las consideraciones precedentes, el Tribunal Arbitral administrando justicia, por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: No acceder a la primera pretensión de la reforma de la demanda -demanda principal-.

Segundo: Abstenerse de resolver la segunda pretensión de la reforma de la demanda –demanda principal-.

Tercero: Declararse incompetente para pronunciarse respecto de la tercera pretensión de la reforma de la demanda -demanda principal-.

Cuarto: Tener por probada la excepción de mérito propuesta por la Convocada en el numeral 3.3 de la contestación de la demanda principal, denominada "Falta de competencia del Árbitro Único para alterar el proceso concursal de la liquidación de Caprecom – Eice en Liquidación", en la forma indicada en la parte motiva del presente Laudo.

Quinto: Tener por no probadas las demás excepciones propuestas por la Convocada en contra de la reforma de la demanda -demanda principal-.

Sexto: No acceder a ninguna de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención –contrademanda-.

Séptimo: Abstenerse de pronunciarse respecto de las excepciones propuestas por la Convocante en contra de la reforma de la demanda de reconvención –contrademanda-.

522

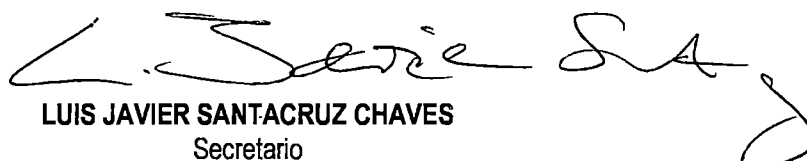
Octavo: No condenar en costas a ninguna de las Partes.

Noveno: En firme este Laudo, ordenar el archivo el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo: Ordenar que se expida copia auténtica del presente Laudo a cada una de las Partes, con las constancias de ley.

La anterior decisión se notifica en estrados,


EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA
Árbitro Único


LUIS JAVIER SANTACRUZ CHAVES
Secretario